

A-6

Universitas Obaviensis
BIBLIOTHECA
1881

D

D. M. a Paris 18
M. Antel

TRAITÉ
DU
CONTRAT DE SOCIÉTÉ

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

Etude sur l'action Paulienne. 1869, 1 vol. in-8.

De l'origine de la clameur de Haro. 1872, 1 broch. in-8.

Etude sur la condition des Lépreux au moyen-âge, notamment d'après la coutume de Normandie. 1875, 1 vol. in-8.

Recherches sur les Colliberts. 1878, 1 vol. in-8. (Ouvrage récompensé par l'Institut, Académie des Inscriptions et Belles-Lettres).

Traité du contrat de Mariage (Livre III, Titre V du Code civil). *Deuxième édition*, 1888-1889, 4 vol. in-8.

Traités de la Vente et de l'Echange (Livre III, Titres VI et VII du Code civil). *Deuxième édition*, 1890-1891, 2 vol, in-8.

Traité du contrat de Louage (Livre III, Titre VIII, du Code civil). *Troisième édition*, 1891, 2 vol. in-8.

EN PRÉPARATION :

Traités du Prêt, du Dépôt et du Séquestre (Livre III, Titres X et XI du Code civil).

MAR 30 1891

15126

TRAITÉ

DU

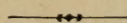
CONTRAT DE SOCIÉTÉ

LIVRE III, TITRE IX DU CODE CIVIL

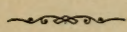
PAR

L. GUILLOUARD

Professeur de Code Civil à la Faculté de droit de Caen,
Ancien Bâtonnier de l'Ordre des Avocats à la Cour d'Appel.



(Articles 1832 à 1873.)



PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS
Libraires de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats

G. PEDONE-LAURIEL, Successeur
13, RUE SOUFFLOT, 13

—
1891
—

Droits de traduction et de reproduction réservés.

ANNÉE DE LA BIBLIOTHÈQUE



Universitas Ottavienis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

Ottawa
ANNEX

KJV
1910
.G837
1891

~~KE
65.6
.98
1891
3x1~~



DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

Livre III, Titre IX du Code civil.

PLAN DE CE TRAITÉ

1. — L'esprit d'association, né avec l'homme, s'est développé à mesure que ses besoins ont grandi : l'homme isolé est capable de peu de chose ; mais s'il unit son activité, son intelligence, ses forces à celles de ses semblables, il accomplira des prodiges. Les magnifiques travaux, les grandes œuvres que nous admirons dans le passé sont le produit de l'association, de même que, de nos jours, les merveilleuses entreprises auxquelles nous assistons, le percement des isthmes, la construction des voies ferrées, etc..., n'ont pu se réaliser que par la puissance de l'association.

« Tous les hommes, dit Domat, composent une société
« universelle où ceux qui se trouvent liés par leurs besoins
« forment entre eux de différents engagements proportion-
« nels aux causes qui les rendent nécessaires les uns aux
« autres. Et, parmi les différentes manières dont les be-
« soins des hommes les lient ensemble, celle des sociétés
« est d'un usage nécessaire et assez fréquent ; et on en voit
« plusieurs, et de plusieurs sortes.

« L'origine de cette espèce de liaison est la nature de
« certains ouvrages, de certains commerces et d'autres

« affaires, dont l'étendue demande l'union et l'application
 « de plusieurs personnes. C'est ainsi qu'on fait des sociétés
 « pour des manufactures, pour des commerces de mar-
 « chandises, pour des fermes du Roi, ou des particuliers,
 « et pour d'autres affaires de plusieurs natures, selon qu'el-
 « les demandent le concours du travail, de l'industrie, du
 « soin, du crédit, de l'argent, et d'autres secours de plu-
 « sieurs personnes. Et l'usage de ces sortes de sociétés est
 « de faciliter l'entreprise, l'ouvrage, le commerce, ou au-
 « tre affaire pour laquelle on entre en société ; et de faire
 « que chacun des associés retire de ce qu'il contribue,
 « joint au secours des autres, les profits et les autres
 « avantages qu'aucun ne pourrait avoir de lui seul. »¹

2. — Le but que les hommes se proposent en s'associant est aussi varié que l'esprit de l'homme est « ondoyant et « divers » : les uns s'associent pour prier Dieu, les autres pour accomplir des œuvres de charité, d'autres pour atteindre un but scientifique ou littéraire, d'autres enfin pour réaliser des bénéfices.

De ces diverses espèces de sociétés une seule rentre dans le cadre de notre étude, celle dans laquelle les contractants se proposent de réaliser des bénéfices : c'est en effet la seule dont s'occupe le Titre IX du Livre III du Code civil, puisque l'article 1832 définit la société : « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de « mettre quelque chose en commun *dans la vue de par-
 « tager le bénéfice qui pourra en résulter.* »

Bien plus, nous ne nous occuperons pas de toutes les sociétés dans lesquelles on se propose de réaliser un bénéfice, mais seulement des sociétés *civiles*, à l'exclusion des sociétés *commerciales* : beaucoup de sociétés, en effet, et ce sont même les plus nombreuses, ont pour but le commerce. On ne doit pas s'en étonner, car le commerçant se proposant de faire un lucre, il n'y a pas de moyen plus fé-

¹ *Les Lois civiles*, Liv. I, Tit. VIII.

cond que l'association pour augmenter le profit que le commerce doit lui procurer. Mais nos études portent sur le droit civil, non sur le droit commercial, et nous devons laisser de côté tout ce qui est en dehors des matières déjà si étendues que nous essayons d'étudier.

Réduit à ces limites, le *Traité des sociétés civiles* que nous nous proposons d'écrire est suffisamment important par lui-même pour que nous ne regrettions point de n'avoir pas à y joindre l'étude des sociétés commerciales : c'est en effet dans le Code civil, dans notre titre IX, que le législateur français a tracé les règles fondamentales des sociétés non seulement civiles, mais commerciales : « Le contrat de « société, dit l'article 18 du Code de commerce, se règle « *par le droit civil*, par les lois particulières au commerce « et par les conventions des parties. » Il est donc très important, pour les sociétés commerciales comme pour les sociétés civiles, de bien dégager les principes posés dans le titre *Du Contrat de société*, au Code civil.

Ajoutons que, pour n'être ni les plus importantes ni les plus nombreuses, les sociétés civiles n'en constituent pas moins un contrat assez usuel, et qui, à ce titre seul, mériterait d'être l'objet d'une étude spéciale.

Les plus importantes des sociétés civiles sont les sociétés *minières* ou *charbonnières* : les capitaux considérables qui y sont engagés, et le caractère spécial de quelques-unes des règles qui les gouvernent nous déterminent à leur consacrer un *appendice*, à la suite de la théorie générale du contrat de société.

3. — A côté du contrat de société se place la *communauté* ou l'*indivision*, que Pothier appelait le *quasi-contrat de société* : la différence essentielle qui sépare la communauté de la société consiste dans la manière dont le lien de droit se forme, et dans le but que les parties se proposent. Dans la société, les parties sont toujours obligées l'une envers l'autre par leur volonté : elles se sont librement choisies et associées pour réaliser en commun un bénéfice. Au contraire,

dans la communauté, les parties peuvent se trouver obligées l'une envers l'autre sans l'avoir voulu, comme les légataires d'un même immeuble, les héritiers d'une même succession, etc... Et, dans tous les cas, si elles sont obligées en vertu de leur volonté, comme les acquéreurs d'un immeuble destiné à être partagé, elles n'ont pas l'intention de réaliser un bénéfice en commun : c'est cette intention, *affectio societatis*, qui différencie essentiellement, comme nous le dirons, la société et la communauté.¹

De cette différence d'origine découlent des différences nombreuses dans les effets de la société et de la communauté : aussi traiterons-nous de la communauté d'une manière spéciale, dans un *second appendice*, après avoir terminé l'étude des règles générales du contrat de société, et des règles particulières aux sociétés minières.

4. — Nous diviserons nos explications sur le contrat de société en quatre parties.

Nous examinerons, dans une première partie, *La nature, les conditions de validité, la forme et la preuve du contrat de société*.

Dans la seconde partie, nous étudierons *Les diverses espèces de sociétés*.

Nous traiterons, dans la troisième partie, *De l'administration de la société et des obligations des associés, soit entre eux, soit vis-à-vis des tiers*.

Enfin nous nous occuperons, dans la quatrième partie, *Des différentes manières dont la société prend fin, et du partage du fonds social*.

¹ Voir Domat, *Lois civiles*, Livre I, Titre VIII ; Pothier, *Premier appendice du Contrat de Société*, n° 182-183 ; Treilhard, *Exposé des motifs*, Fenet, XIV, p. 393-394 ; Laurent, XXVI, n° 132.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA NATURE, DES CONDITIONS DE VALIDITÉ, DE LA
FORME ET DE LA PREUVE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

5. — Nous étudierons, dans cette première partie, les questions suivantes :

Chapitre I. — *De la nature du contrat de société.*

Chapitre II. — *Du consentement.*

Chapitre III. — *De la capacité.*

Chapitre IV. — *De l'objet.*

Chapitre V. — *De l'apport ou des mises.*

Chapitre VI. — *Des bénéfices et des pertes.*

Chapitre VII. — *De la forme et de la preuve du contrat de société.*

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

6. — Pothier définissait le contrat de société « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent ou s'obligent de mettre en commun quelque chose, pour faire en commun un profit honnête, dont elles s'obligent réciproquement de se rendre compte. »¹

De son côté, Domat en donnait la définition suivante :

« La société est une convention entre deux ou plusieurs personnes, par laquelle ils mettent en commun entre eux, ou tous leurs biens, ou une partie, ou quelque commerce, quelque ouvrage, ou quelque autre affaire, pour partager tout ce qu'ils pourront avoir de gain, ou souffrir de perte, de ce qu'ils auront mis en société. »²

L'article 1832 présente une définition évidemment empruntée à celles que nous venons de reproduire : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. »

La société est donc un contrat consensuel, synallagmatique, à titre onéreux, et, à notre avis du moins, commutatif.

7. — La société est, disons-nous, un contrat consensuel

¹ *Du Contrat de Société*, n° 1.

² *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section I.

qui, comme les contrats en général dans le droit français, se forme par la seule volonté des parties, en dehors de tout écrit. L'article 1834, aux termes duquel toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs, n'est nullement contraire à cette idée : ce texte en effet, que nous étudierons au chapitre VII, *De la forme et de la preuve du contrat de société*, n'a trait qu'à la preuve du contrat, non à sa formation, et il se borne à reproduire les dispositions de l'article 1341 sur la preuve dans les contrats en général.

Mais ce que nous disons ne s'applique qu'aux sociétés civiles, objet exclusif de ce traité : pour les sociétés commerciales autres que les associations en participation, c'est une question controversée que celle de savoir si leur existence n'est pas subordonnée à la rédaction d'un acte écrit.¹

8. — La société est un contrat synallagmatique, dans lequel les obligations prises par chaque associé ont pour cause les engagements réciproques pris par l'autre associé ou par les autres associés.

C'est par application de ce principe que l'on a décidé, avec raison, que les associés ne peuvent réclamer l'exécution des engagements pris par l'un d'eux dans le contrat de société, lorsqu'eux-mêmes n'accomplissent pas les obligations que ce contrat leur impose ;² et que la nullité de la société, prononcée à la demande de l'un des associés contre quelques-uns seulement des associés, ne peut, à raison de l'indivisibilité de la société, être opposée aux autres associés, vis-à-vis desquels le pacte social continuera de produire tous ses effets.³

9. — La société est un contrat à titre onéreux, qui assujettit chacun des associés à donner ou à faire quelque chose :

¹ Voir les autorités citées par Ruben de Couder, DICTIONNAIRE DE DROIT COMMERCIAL, v° *Société*, n° 246 et suiv.

² Cassation, 8 novembre 1830, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v° *Société*, n° 78.

³ Douai, 12 février 1848, Sirey, 49, II, 670, et Dalloz, 50, II, 8. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 8.

c'est ce qui résulte de l'article 1833, *in fine*, aux termes duquel « chaque associé doit apporter ou de l'argent, ou « d'autres biens, ou son industrie. »

Pothier, qui pose le même principe, y apporte une première restriction qui doit encore y être apportée dans le droit nouveau :

« Si le contrat n'était fait uniquement que pour gratifier
 « l'une des parties contractantes qui n'aurait rien apporté,
 « ce ne serait pas un contrat de société ; et c'est en ce sens
 « qu'Ulpien dit : *Donationis causâ societas non recte contra-*
 « *hitur* ; L. 5, § 2, ff., *Pro socio*. Mais quoiqu'on ait gratifié
 « en quelque chose par le contrat l'une des parties, le
 « contrat ne laisse pas d'être un vrai contrat de société, et
 « d'être valable, pourvu que l'associé, à qui je fais l'avan-
 « tage, ne soit pas une personne à qui les lois me défendent
 « de donner ; de même qu'un contrat de vente, qui ne se-
 « rait pas un vrai contrat de vente s'il n'y avait aucun prix
 « sérieux, ne laisse pas d'être un vrai contrat de vente,
 « quoique le vendeur, pour gratifier l'acheteur, ait vendu
 « pour un prix au-dessous du juste prix, pourvu que cet
 « acheteur ne soit pas une personne à qui il ne fût pas per-
 « mis de donner ; L. 38, ff., *De contrah. empt.* »¹

Mais il faut aller plus loin que n'allait Pothier, et on doit décider, par application d'une jurisprudence désormais fixée sur les contrats à titre onéreux renfermant une libéralité déguisée, que le contrat de société serait valable non pas comme société, mais comme donation, si l'apport de l'un des associés était absolument fictif, et que le contrat n'eût d'autre but que de constituer un avantage purement gratuit à l'un des associés. C'est ainsi que nous avons décidé, dans notre *Traité de la vente*, que le contrat, nul comme vente, parce que le prix est simulé, valait comme donation, même si l'acte qui renferme la convention n'est pas un acte authentique ;² et la solution doit être la même pour

¹ *Du Contrat de Société*, n° 17.

² *Traité de la Vente*, I, n° 95.

le contrat de société n'ayant d'autre but que de masquer une libéralité, du moment où le donateur et le donataire sont capables, l'un de donner, l'autre de recevoir.

Ajoutons qu'il y a des sociétés dans lesquelles ce caractère à titre onéreux que nous venons de reconnaître est supprimé, le législateur présumant, par une présomption *juris et de jure*, qu'elles contiennent des actes à titre gratuit : ce sont les sociétés *universelles*, lorsqu'elles sont établies entre personnes incapables de s'avantager réciproquement. C'est pour ce motif qu'elles sont prohibées par l'article 1840, dont nous déterminerons plus tard la portée.¹

10. — Le contrat de société est, disons-nous enfin, un contrat *commutatif*.

C'était la théorie de Pothier : « Ce contrat, dit-il, est du « nombre des contrats commutatifs ; chacune des parties « contractantes entend recevoir autant qu'elle donne. »²

D'après M. Pont, le contrat de société ne serait ni *commutatif*, ni *aléatoire*, et la classification de l'article 1104 lui serait inapplicable :

« Chacun des associés, dit-il, entend bien recevoir l'équi-
« valent de ce qu'il donne ; mais il ne le reçoit pas de son
« associé, qui peut-être a apporté ou beaucoup plus, ou
« beaucoup moins ; et, s'il retire l'équivalent de sa mise,
« c'est en bénéfices *produits* par un fonds commun, à la for-
« mation duquel sa propre mise a concouru comme celle
« de son associé. D'un autre côté, ces bénéfices ne sont
« pas assurés ; mais enfin, le cas échéant où l'association
« en réalise, l'un des associés ne les obtient pas, du moins
« aux dépens de l'autre : le sort des associés est commun,
« et jamais différent ; ou ils gagnent l'un et l'autre, ou ils
« perdent tous deux. Rien de ceci, on le voit, ne rentre pré-
« cisément dans les définitions de l'article 1104 du Code
« Napoléon. »³

¹ *Infrà*, n° 36.

² *Traité de la Société*, n° 7.

³ *Du Contrat de Société*, n° 12.

D'après M. Bravard, le contrat est à la fois commutatif et aléatoire :

« Le second caractère du contrat de société, c'est d'être
 « à la fois *commutatif* et *aléatoire*, suivant le point de vue
 « auquel on l'envisage, de réunir ces deux caractères qui,
 « en général, s'excluent. En effet, chacun des associés est
 « tenu envers les autres à apporter une chose certaine.
 « C'est bien là le caractère d'un contrat commutatif. Mais
 « quand on considère les associés et la société par rapport
 « au but qu'ils se proposent, on y trouve un caractère aléa-
 « toire : car ce qu'ils ont en perspective, ce qui les déter-
 « mine à former la société, c'est une chance de gain ou de
 « perte, puisque, si la société prospère, ils reprendront
 « beaucoup plus qu'ils n'ont apporté, tandis que, si elle
 « éprouve des revers, leur apport sera perdu. Ils apportent
 « donc une chose certaine en retour d'une simple chance,
 « et c'est bien là le caractère du contrat aléatoire. »¹

Pour M. Demangeat, le contrat est purement aléatoire :

« Je crois, dit-il, qu'il faut voir dans la société un contrat
 « aléatoire : chaque associé apporte une valeur, en vue
 « d'un bénéfice qui sera plus ou moins considérable, qui
 « peut-être sera nul. »²

Ces diverses opinions doivent, à notre avis, être repous-
 sées.

Nous écartons d'abord l'opinion de M. Pont, d'après la-
 quelle le contrat ne serait ni commutatif ni aléatoire : cette
 distinction en effet est une distinction générale, qui com-
 prend tous les contrats à titre onéreux. Dans ces contrats,
 chacune des parties est assujettie à donner ou à faire quel-
 que chose, aux termes de l'article 1106 ; si la chose est dé-
 terminée réciproquement, le contrat est commutatif ; dans
 le cas contraire, il est aléatoire ; mais comme on le voit,
 tout contrat à titre onéreux rentre nécessairement dans
 l'une ou l'autre de ces deux catégories.

¹ *Traité de droit commercial*, I, p. 168.

² *Notes sur Bravard, Op. cital.*, p. 168-169.

Le même motif doit faire rejeter l'opinion de M. Bravard : la chose que l'une des parties donne ou fait ne peut être à la fois déterminée et indéterminée : c'est l'un ou l'autre, ce ne peut pas être l'un et l'autre.

Reste l'opinion de M. Demangeat : le bénéfice sera plus ou moins considérable, peut-être nul, le contrat est donc aléatoire. Cette opinion repose, à notre avis, sur la même erreur que les deux opinions que nous venons de réfuter ; elle apprécie le caractère commutatif ou aléatoire du contrat de société non pas au moment où il se forme, en ne tenant compte que des apports réciproques des parties, mais après coup, et suivant les résultats heureux ou malheureux du fonctionnement de la société. Or tel n'est pas le *criterium* que nous donne l'article 1104 : il ne s'agit pas de savoir si l'une des parties gagnera finalement plus ou moins dans l'opération qu'elle a entreprise, mais seulement ce que l'autre partie promet de donner ou de faire, en échange de la dation ou de la prestation de l'autre contractant. C'est de cet examen initial que dépend le caractère du contrat, ce qui n'empêche pas que le contrat commutatif ne puisse être plus tard très dommageable pour l'une des parties, comme le serait l'achat d'un immeuble dont les circonstances viendraient diminuer la valeur.

Le contrat de société est donc un contrat commutatif, puisque les apports des associés sont considérés comme l'équivalent les uns des autres.¹

Mais cette distinction, qu'il était nécessaire de faire au point de vue doctrinal, ne présente plus l'intérêt pratique qu'elle offrait au temps de Pothier : dans notre ancien droit, les contrats commutatifs étaient rescindables pour lésion d'outre moitié, lorsqu'ils portaient sur des immeubles, tandis qu'aujourd'hui la rescision pour lésion est restreinte au contrat de *vente* d'immeubles.

10 I. — On rencontre, dans la matière du contrat de

¹ Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 82.

société, deux mots dont il importe de fixer le sens, les mots *société* et *association* : ces deux termes sont-ils synonymes ?

Ils ne l'étaient pas dans notre ancien droit :

« *Association*, dit Ferrière, est une convention d'avoir en
« commun, entre plusieurs que l'on nomme *Personniers*,
« tous les meubles et toutes les acquisitions qui seront
« faites par chacun durant leur société. »¹

« *Société*, dit le même auteur, est un contrat par lequel
« deux ou plusieurs personnes entrent en communication
« de tous leurs biens, ou d'une partie, ou de quelque né-
« goce et trafic, pour être participantes du gain ou de la
« perte qui en peut provenir, à proportion de ce que cha-
« cun d'eux a contribué dans la société, s'il n'a été con-
« venu autrement entre les parties. »²

Cette différence entre ces deux mots ne peut plus exister aujourd'hui, puisque les *sociétés taisibles* ou *associations*, qui se formaient entre personnes vivant « à pain et à pot » pendant an et jour ne sont pas reconnues par le Code, comme nous le dirons.³ Aussi les deux mots *société* et *association* se prennent-ils indifféremment l'un pour l'autre, bien que, par son origine, le mot *société* soit plus technique et convienne mieux pour désigner le contrat que nous étudions.⁴

11. — Le contrat de société présente des affinités avec d'autres contrats, avec lesquels cependant il importe de ne pas le confondre.

Tout d'abord la société se rapproche du louage de choses, dans l'hypothèse suivante : le propriétaire d'un immeuble le loue à un commerçant ou à un industriel, en stipulant qu'en outre d'un loyer fixe il lui sera donné chaque année une part des bénéfices du commerce ou de l'industrie de

¹ DICTIONNAIRE DE DROIT ET DE PRATIQUE, v° *Association*.

² *Op. citat.*, v° *Société*.

³ *Infrà*, n° 80.

⁴ *Compar.* Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, n° 11.

son locataire. Ce contrat ressemble dans une certaine mesure à un contrat de société, dans lequel l'un apporterait la jouissance de son immeuble, l'autre son industrie : cependant on ne doit pas hésiter à y voir un contrat de louage, car il a pour objet la jouissance d'une chose moyennant un prix, et, si une partie du prix consiste dans une portion des bénéfices du locataire, nous dirons avec la Cour de cassation « qu'il n'est pas interdit de se réserver une part de « bénéfices comme supplément de loyers, et le contrat n'en « est pas moins un bail. »¹ D'ailleurs, si les bénéfices sont partagés dans une certaine proportion, le propriétaire de la maison n'est exposé dans aucun cas à supporter les pertes, ce qui exclut toute idée de société.

12. — Le *métayage* ou *colonage partiaire* constitue-t-il un bail ou une société ? La question était très discutée sous l'empire du Code civil, avant la loi du 18 juillet 1889 : nous l'avons examinée dans notre *Traité du Louage*, auquel nous ne pouvons que nous référer, et notre conclusion a été que le colonage partiaire était un bail, non une société.²

La loi du 18 juillet 1889 a jeté dans la controverse qui régnait sur ce sujet des éléments nouveaux, mais nous n'en persistons pas moins à penser que le colonage partiaire est un bail, après comme avant la loi du 18 juillet 1889.³

13. — Le contrat de *cheptel*, dont les règles sont tracées par les articles 1800 et suivants du Code civil, est-il un contrat de bail ou un contrat de société ? Nous avons étudié cette question dans notre *Traité du Louage*, et nous avons dit qu'elle devait, à notre avis, se résoudre par une distinction.

Le contrat de cheptel a pour objet la jouissance d'un

¹ Cassation, 9 novembre 1869, Dalloz, 70, I, 213. — Laurent, XXVI, n° 152 bis.

² Voir notre *Traité du Louage*, II, n° 610-614.

³ Voir la *Troisième édition* de notre *Traité du Louage*, II, n° 633 I et suiv.

fonds de bétail, de moutons, de chevaux, etc... Tantôt ce troupeau est fourni par l'une des parties à l'autre : c'est le *cheptel simple*. Tantôt chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux : c'est le *cheptel à moitié*.

Pour le cheptel à moitié, il n'y a aucune difficulté, l'article 1818 déclarant que « le cheptel à moitié est une *société*, « dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié « des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit ou « pour la perte. » Tous les éléments du contrat de société sont en effet réunis, il y a une chose mise en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.¹

Au contraire, pour le cheptel simple, la question est discutée ; mais nous avons pensé, et nous persistons à croire que cette convention n'est qu'un bail, comme le législateur la qualifie lui-même dans l'article 1804 : le bailleur reste propriétaire de son troupeau, dont il donne seulement la jouissance au preneur, et l'association au profit et à la perte n'est qu'un supplément au prix du bail, comme le disait exactement M. Mouricault dans son *Rapport au Tribunat*.²

14. — Le contrat de société se rapproche beaucoup, dans certaines hypothèses, du contrat de louage d'ouvrage et d'industrie, et il est important de bien préciser la ligne de démarcation de ces deux contrats.

On s'est demandé, d'abord, quel est le caractère de la convention par laquelle une personne associe un commis aux bénéfices de son industrie, et lui assure, soit en outre d'un traitement fixe, soit pour tout traitement, une part dans les bénéfices de sa maison : est-ce une société ou un louage de services ?

La question est importante, d'abord au point de vue de la cessation du contrat par la volonté d'une seule des parties. Si c'est un louage de services dont la durée n'a pas été déterminée au moment de l'engagement, comme il

¹ Voir notre *Traité du Louage*, II, n^{os} 909, et 938 et suiv. — Adde, aux autorités citées, Pont, *Du Contrat de Société*, n^o 86.

² Voir notre *Traité du Louage*, II, n^{os} 909 et 915.

arrive le plus souvent, chacune des parties, le patron ou le commis, pourra y mettre fin quand bon lui semblera, en donnant congé à l'autre dans le délai fixé par l'usage des lieux, et cela sans être tenu à des dommages-intérêts.¹ Au contraire, si c'est une société, elle ne pourra être dissoute que si la renonciation est faite « de bonne foi et non à contre temps, » comme nous le dirons en expliquant l'article 1869. D'un autre côté, même si la durée du contrat est limitée, le maître, s'il s'agit d'un louage de services, conserve encore le droit de congédier sous certaines conditions son commis ;² droit qu'il n'aurait pas s'il y avait entre eux un contrat de société.³

A un autre point de vue, si c'est une société, le commis participant a un droit de contrôle et même de critique sur les opérations entreprises ou à entreprendre pour le compte de la société ; tandis que, si c'est un louage de services, le maître est libre de gérer comme bon lui semble, sans contrôle, la maison dont il est le seul chef.

En ce qui concerne les pertes, le commis intéressé n'y est pas tenu, s'il n'est qu'un employé : il prendra une part de bénéfices, s'il y en a, mais il ne sera assujéti à aucune obligation, en cas de pertes. Au contraire, si c'est une société, le participant devra contribuer aux pertes dans la mesure de sa participation.

La question est, comme on le voit, très importante, mais elle est d'une solution facile, et l'opinion générale, que nous adoptons sans hésitation, est que la convention qui admet l'employé à une participation aux bénéfices n'est qu'un louage de services, à moins de circonstances particulières qui donnent à cette convention le caractère d'une société.

Le tribunal d'appel de Lyon, dans ses observations sur le projet de Code civil, avait proposé de trancher formellement la question par un article ainsi conçu : « Le commis,

¹ Voir notre *Traité du Louage*, II, n° 718 et suiv.

² Voir notre *Traité du Louage*, II, n° 728 et suiv.

³ Cassation, 17 avril 1872, Dalloz, 73, I, 311.

« artiste, ou employé de la société, sous quelque dénomi-
 « nation que ce soit, à qui elle accorde une part quelconque
 « dans les bénéfices, à titre d'encouragement, ou pour lui
 « tenir lieu de son salaire en tout ou en partie, ou le droit
 « d'opter, pour son salaire, entre une somme fixe ou une
 « portion des bénéfices, *n'est pas associé* ; il n'est pas tenu
 « des pertes. »¹

Bien que cet article n'ait pas été inséré dans le Code, la solution qu'il contenait n'en doit pas moins être suivie, et M. Duvergier en a très bien donné le motif :

« L'associé, dit-il, qui donne son industrie comme mise
 « sociale, s'engage à faire un travail déterminé, mais in-
 « dépendant ; il a des devoirs à remplir envers la société,
 « mais il n'a point d'ordre à recevoir de ses co-associés.
 « Le commis, au contraire, s'oblige à exécuter la volonté
 « du chef de la maison ; il est, relativement à lui, dans un
 « état d'infériorité et de subordination incompatible avec
 « le caractère et les droits d'un associé. »²

Telle est la différence essentielle de la participation et du contrat de société : le maître, qui admet son préposé à participer aux bénéfices, pour l'intéresser davantage à la prospérité de la maison à laquelle il est attaché, n'entend pas abdiquer pour cela ses droits de chef ; il sera toujours le patron, donnant des ordres, et le participant sera toujours un commis ou un préposé, recevant ces ordres ou les exécutant. Voilà pourquoi la participation ne change pas le caractère du contrat de louage de services intervenu entre le maître et le commis.³

¹ Fenet, IV, p. 312-313.

² *Du Contrat de Société*, n° 53.

³ Paris, 7 mars 1835, Sirey, 35, II, 235 ; Lyon, 21 février 1844, Sirey, 45, II, 422, et Dalloz, 45, II, 146 ; Bordeaux, 15 mai 1846, Sirey, 47, II, 43. — Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 46 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 53 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 87 ; Laurent, XXVI, n° 154 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 58-62. — *Compar.* Aix, 7 janvier 1880, Dalloz, 80, II, 223.

Toutefois la volonté des parties pourrait donner à cette convention un autre caractère, et en faire un véritable contrat de société, le maître consentant à élever son commis à la hauteur d'un associé. Rien de plus licite qu'une pareille convention de société, dans laquelle l'un apporte ses capitaux, et l'autre son industrie.¹

Observons d'ailleurs que la participation, si elle ne donne pas au commis les droits d'un associé, modifie cependant ses rapports avec son patron et lui donne, à notre avis du moins, le droit de demander chaque année la communication des livres de la maison pour constater l'importance des bénéfices auxquels il doit participer. La question est discutée, mais nous croyons que ce droit résulte pour le participant de la nature même des avantages que la participation lui confère : puisqu'il a droit aux bénéfices, il doit pouvoir en contrôler le chiffre.²

Ajoutons que si le participant ne contribue pas aux pertes, par la nature même de son engagement, la convention des parties pourrait en décider autrement, sans que pour cela le contrat devînt un contrat de société. Ce qui différencie essentiellement la participation de la société, avons-nous dit, ce sont les rapports de subordination qui existent entre le maître et le commis, et que le droit à une part de bénéfices ne fait pas disparaître : il faut pour cela une convention formelle qui transforme le contrat en une société, et la participation aux pertes ne suffit pas à elle seule pour opérer cette transformation.³

15. — On devra attribuer le caractère de louage d'industrie, et non le caractère de société, à la convention par

¹ Cassation, 21 février 1831, Dalloz, RÉP. ALPHAB., v° *Société*, n° 136 et 1626. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 87 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, n° 60.

² Paris, 7 mars 1835, Sirey, 35, II, 235 ; Nîmes, 20 juillet 1864, Sirey, 64, II, 235, et Dalloz, 66, II, 57. — *Contra*, Cassation, 26 décembre 1866, Dalloz, 67, I, 303.

³ Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 61.

laquelle un entrepreneur principal cède à un sous-entrepreneur une partie des travaux qu'il a alloués, avec le droit de toucher directement la portion correspondante dans le prix de l'entreprise. Le sous-entrepreneur, en effet, comme l'entrepreneur principal, se charge « de faire un ouvrage » à ses risques et périls ; il ne met rien en commun avec l'entrepreneur principal, mais, comme celui-ci, il loue son industrie ; seulement, au lieu de traiter directement avec celui pour le compte duquel le travail est effectué, il traite avec l'entrepreneur principal.¹

16. — La *société* et le *mandat* présentent parfois de grandes analogies. Y aura-t-il mandat ou société, notamment, dans l'hypothèse où le propriétaire d'un objet charge un tiers de le vendre moyennant un prix déterminé, avec stipulation que si le tiers le vend au delà de ce prix, il gardera la différence ? Ulpien examine la question dans deux textes, la loi 44, ff., *Pro socio*,² et la loi 13, ff., *Deprescriptis verbis* :³ il décide qu'il n'y aura pas mandat, car le mandat doit être gratuit, et que, en principe, il n'y aura pas société, mais seulement contrat innommé, car le propriétaire de l'objet qu'il s'agit de vendre n'a pas mis en commun les risques et les profits de l'opération, puisqu'il exige un prix déterminé qui devra dans tous les cas lui revenir ; cependant Ulpien ajoute que, par exception, il y aurait contrat de société si les parties l'avaient ainsi voulu, *si animo contrahendæ societatis id actum sit*.

Cette solution doit-elle encore être admise aujourd'hui ? Au point de vue du mandat, la question ne se présente pas comme elle se présentait en droit Romain, car si le mandat est gratuit en principe, l'article 1986 admet qu'il peut être salarié, lorsque les parties en sont ainsi convenues : y aura-t-il donc mandat salarié ou société ?

En thèse générale, nous croyons que l'on doit décider

¹ Dijon, 20 juillet 1875, Sirey, 78, II, 238, et Dalloz, 78, II, 25.

² XVII, II.

³ XIX, V.

qu'il y a mandat salarié, et non société : le propriétaire de l'objet à vendre donne mandat au tiers choisi par lui de vendre cet objet, et le salaire consiste, éventuellement, dans la différence entre le prix que le propriétaire veut obtenir et le prix moyennant lequel l'objet sera vendu.

Mais nous admettons, avec Ulpien, qu'il pourrait en être autrement et que le contrat serait un contrat de société, si les parties l'avaient ainsi voulu : en effet, il y a un apport réciproque, d'un côté, l'objet qu'il s'agit de vendre, de l'autre, l'industrie de celui qui va faire la vente ; et chaque partie réalise ou peut réaliser un bénéfice, le propriétaire, en vendant l'objet au prix évidemment rémunérateur qu'il a fixé, le tiers chargé de vendre, en encaissant la différence entre le prix convenu et le prix qu'il réussit à trouver. Il est vrai que le bénéfice n'est pour lui qu'éventuel, qu'il n'en obtiendra que s'il trouve un prix supérieur au prix fixé par le propriétaire, mais cette éventualité des bénéfices à réaliser par l'une des parties ne détruit nullement le caractère de société du contrat, comme nous le verrons en traitant des bénéfices.¹

17. — Y aura-t-il mandat ou société dans l'hypothèse suivante, également prévue par les jurisconsultes Romains? Deux propriétaires ont des héritages voisins ; un immeuble contigu à ces deux héritages est à vendre, et l'un des propriétaires charge l'autre d'acheter cet immeuble ; puis, une fois l'immeuble acheté, l'acquéreur gardera la part voisine de son héritage, et cédera l'autre partie au propriétaire qui l'a chargé de faire l'acquisition. La convention étant ainsi faite, le propriétaire qui avait donné cette mission à l'autre achète lui-même l'immeuble tout entier, à l'insu de son voisin ; et l'on se demande si celui-ci pourra

¹ Cassation, 4 juin 1860, Sirey, 61, I, 75, et Dalloz, 60, I, 267. — Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n^{os} 34-43 ; Pont, *Du Contrat de Société*, I, n^{os} 88-89. — *Contrà*, Duvergier, *Du Contrat de Société*, n^{os} 45 et 50. — *Compar.* Bordeaux, 7 juin 1836, Sirey, 37, II, 365.

exiger le partage du fonds, dans les termes où ce partage avait été convenu entre les deux voisins.

La solution de la question dépend de la nature que l'on assigne au contrat intervenu entre les deux propriétaires : si c'est un mandat, ce mandat est révoqué par le mandant, qui a fait lui-même ce dont il avait chargé le mandataire, et celui-ci ne peut rien réclamer ; tandis que, si c'est une société, l'un des associés peut demander à l'autre le partage de l'objet qui a été acheté pour être mis en commun et divisé dans des conditions convenues.

Ulpien enseigne, d'après Julien, que la question est une question de fait, et qu'il faudra voir ce que les parties ont voulu faire, si l'une d'elles a entendu rendre à l'autre un service, ou si elles ont voulu l'une et l'autre faire un achat en commun, et il n'y aura action pour partager le fonds acheté que dans cette dernière hypothèse.¹

Nous admettons la solution de Julien et d'Ulpien, et nous croyons, avec eux, qu'il faudra rechercher l'intention des parties, voir si l'une d'elles a voulu rendre un service à l'autre, ou si elles ont entendu l'une et l'autre faire une affaire ; et on ne devra accorder d'action en partage que dans ce dernier cas.

Mais nous croyons, avec M. Duvergier,² et contrairement à l'opinion de MM. Troplong³ et Pont,⁴ que la question est mal posée, qu'il y a *mandat* ou *communauté*, mais qu'il ne peut jamais y avoir contrat de société.

« L'indivision, dit très bien M. Duvergier, ne suffit point
« pour constituer la société ; elle établit seulement une
« communauté. Ce n'est pour les contractants qu'un état
« transitoire, leur but est le partage, et non la perception
« des bénéfices que la chose commune peut produire. »

Telle est bien la différence caractéristique qui sépare la société de l'indivision ou communauté : la société suppose

¹ L. 52, *princ.*, ff., *Pro socio* (XVII, II).

² *Du Contrat de Société*, n° 52.

³ *Du Contrat de Société*, I, n° 42.

⁴ *Du Contrat de Société*, n° 90.

bien une chose mise en commun, mais « dans la vue de « partager le bénéfice qui pourra en résulter », comme le dit l'article 1832 ; tandis que l'indivision suppose qu'une chose se trouve ou a été mise en commun, mais dans le but unique de la partager, et non pour faire avec cette chose des bénéfices qui seraient eux-mêmes partagés.

Nous sommes d'autant plus surpris de rencontrer ici la dissidence de M. Pont qu'il a lui-même, dans un autre passage de son traité *Du contrat de société*, nettement indiqué qu'il n'y a pas société, mais simple indivision dans l'hypothèse que nous examinons, celle de l'achat fait en commun d'un objet destiné uniquement à être partagé :

« Si la communauté, dit-il, se forme habituellement « d'elle-même et sans contrat, par exemple entre cohé-
« riers ou colégataires....., elle peut aussi exceptionnelle-
« ment être le résultat d'un accord de volontés, par exem-
« ple, *si à duobus simul empta res sit...*

« Nous reconnaissons la communauté à cette co-pro-
« priété simple, à cette indivision immobile, à ce rappro-
« chement, à cette coexistence des intérêts plutôt qu'à
« leur mélange et à leur union, tandis que la société appa-
« raît dans l'action, dans le mouvement, dans l'intention
« des parties, qui, prenant l'état de communauté non plus
« comme un état de jouissance et de repos, mais comme
« un instrument de gain, l'emploient et s'en servent pour
« réaliser les bénéfices convoités. En un mot, la commu-
« nauté et la société se distinguent par l'esprit qui les ani-
« me, le but qu'elles poursuivent : y a-t-il un état actif, la
« poursuite d'une pensée de lucre par la mise en commu-
« nauté de la chose commune, c'est la société ; y a-t-il un
« état passif, transitoire, dont l'existence inévitable n'a
« d'autre raison d'être que de conduire à l'état contraire,
« le partage, c'est la communauté. »¹

Ce sont là les vrais principes, et nous en concluons que,

¹ *Du Contrat de Société*, n° 75.

dans la convention que nous étudions, il y aura tantôt mandat, tantôt communauté. Nous verrons plus tard, dans le *Deuxième appendice* à ce *Traité*, en quoi les effets de la communauté diffèrent de ceux de la société.

18. — Le contrat de *prêt* ressemble parfois beaucoup au contrat de société : sans doute, l'analogie n'existe pas si une personne prête une somme d'argent au directeur d'une entreprise agricole ou commerciale moyennant un intérêt fixé à forfait, quatre ou cinq pour cent ; mais elle apparaît lorsque le bailleur de fonds reçoit, outre l'intérêt de son argent, ou pour lui tenir lieu de cet intérêt, une part dans les bénéfices de l'entreprise : est-il encore un prêteur, ou ne devient-il pas un associé faisant un apport en argent, tandis que l'autre associé apporte son industrie ?

Cette distinction présente un grand intérêt à différents points de vue.

Si la convention est un prêt, le taux de l'intérêt pourra être critiqué comme usuraire, non plus en matière de commerce, puisque la loi du 12 janvier 1886 a admis en cette matière la liberté du taux de l'intérêt, mais en matière civile, où la limitation de l'intérêt créée par la loi du 3 septembre 1807 n'a pas été abrogée.¹

D'un autre côté, si le bailleur de fonds n'est qu'un prêteur, il ne contribuera pas aux pertes, tandis que la contribution aux pertes est de l'essence des obligations de l'associé ; et, dans le concours avec les autres créanciers de la société, le prêteur d'argent viendra au même rang que les autres créanciers, tandis que l'associé bailleur de fonds ne pourra être remboursé de son apport qu'après que tous les créanciers de la société auront été payés.²

¹ Cassation, 20 juin 1888, Sirey, 89, I, 8. — Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 47 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 92, et *Des petits contrats*, I, n° 306 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, I, n° 63. — Compar. Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 22.

² Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, n° 63.

Signalons encore, au point de vue fiscal, une différence importante. Tandis que le prêt donne lieu au droit proportionnel d'obligation, l'apport d'une somme d'argent en société par l'un des associés ne donne lieu qu'à la perception d'un droit gradué, conformément à la loi du 28 février 1872.¹

La question est avant tout une question d'intention : les parties ont-elles eu l'*affectio societatis*, ont-elles voulu faire un contrat de société, ou bien au contraire un contrat de prêt, voilà ce que l'on doit se demander. Aussi s'accorde-t-on à critiquer un arrêt de la cour de Caen, qui a reconnu la qualité d'associé à un bailleur de fonds, parce qu'il s'était qualifié de commanditaire, alors qu'il résultait de l'ensemble de la convention que cette qualification était inexacte, et que les parties avaient voulu faire un contrat de prêt.²

En principe, et à défaut de clauses ou de circonstances particulières de nature à faire donner au contrat une autre interprétation, nous croyons que la participation du bailleur de fonds aux bénéfices doit faire attribuer au contrat le caractère d'une société. Le prêteur cherche à obtenir l'intérêt de son argent, l'associé une part des bénéfices de la société dans laquelle il entre : tel est l'effet *naturel* des deux contrats.

Mais il peut arriver que l'ensemble de la convention conduise à lui donner un autre caractère, et à faire reconnaître l'existence d'un contrat de prêt, malgré la participation du bailleur de fonds aux bénéfices. Il n'est pas défendu, en effet, au prêteur d'argent de stipuler, comme rémunération du prêt qu'il fait, une part dans les bénéfices d'une entreprise, pour équivaloir à l'intérêt normal de la somme prêtée : le taux de l'intérêt présente alors un caractère aléatoire, mais, sauf l'application des règles prohibitives de l'usure, suivant les circonstances, il n'y a rien que de licite dans un tel contrat, et l'on ne devra pas hésiter à déclarer qu'il n'est qu'un prêt. L'une des circonstances les plus ca-

¹ Cassation, 19 mars 1879, Sirey, 79, I, 229.

² Caen, 27 décembre 1864, Dalloz, 66, II, 46.

ractéristiques du prêt sera la clause par laquelle le bailleur de fonds est exonéré de toute contribution aux pertes.¹

Au contraire, la convention sera une société, et non un prêt, si les droits donnés au bailleur de fonds font naître l'idée d'une société, si, par exemple, il est autorisé à assister aux inventaires sociaux, à prendre communication des livres de la société, à participer à la direction des entreprises sociales, etc...²

19. — La *vente* peut quelquefois se rapprocher du contrat de société, et la jurisprudence nous fournit plusieurs exemples dans lesquels les caractères de ces deux contrats sont très voisins les uns des autres.

Ainsi le propriétaire ou l'acquéreur d'une coupe de bois cède ses droits à un tiers, qui exploitera la coupe à *moitié perte et profit*.³ Ou bien encore le propriétaire d'un bois de chênes-liège les aliène au profit d'un tiers qui les abattra, les écorcera et les brûlera pour en faire de la potasse, et on stipule que le prix sera fixé à raison de la quantité de potasse extraite.⁴ Nous pouvons citer enfin l'exemple, très fréquent, d'un auteur qui cède à un éditeur la propriété d'un manuscrit qu'il se propose d'éditer, avec convention

¹ Cassation, 10 mai 1837, Sirey, 37, I, 1008 ; Bordeaux, 3 juillet 1860, Sirey, 61, II, 190, et Dalloz, 61, V, 458 ; Rouen, 24 juillet 1861, Sirey, 62, II, 325 ; Cassation, 16 juin 1863, Sirey, 63, I, 334, et Dalloz, 63, I, 295 ; Cassation, 8 janvier 1872, Dalloz, 72, I, 194 ; Cassation, 19 mars 1879, Sirey, 79, I, 229 ; Douai, 23 août 1882, Dalloz, 85, II, 105 ; Cassation, 20 juin 1888, Sirey, 89, I, 8. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 92 ; Laurent, XXVI, n° 152 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, n° 63.

² Paris, 10 août 1807, Sirey, c. n., II, II, 288 ; Lyon, 20 août 1840, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v° *Société*, n° 142 ; Cassation, 11 avril 1850, Dalloz, 54, V, 719 ; Douai, 3 février 1875, Dalloz, 77, II, 140 ; Cassation, 9 juillet 1885, Dalloz, 86, I, 301 ; Grenoble, 18 mars 1887, Dalloz, 88, II, 305 ; Pont et Lyon-Caen et Renault, *Op. et loc. citat.*

³ Cassation, 12 décembre 1842, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v° *Société*, n° 130.

⁴ Cassation, 7 janvier 1835, Sirey, 35, I, 540.

que les bénéfices nets de l'édition ou des éditions successives seront partagés dans une proportion déterminée entre l'auteur et l'éditeur.¹

Dans ces différentes hypothèses, la convention présente des analogies avec le contrat de société, le propriétaire apportant le bois à exploiter, l'auteur le manuscrit à éditer, et le cessionnaire ou l'éditeur leur industrie, dans le but de partager les bénéfices qui résulteront de l'exploitation de la coupe de bois ou de l'impression de l'ouvrage.

Il peut, en effet, y avoir alors une société entre les parties, et, s'il résulte des clauses de la convention qu'elle ont eu réellement l'*affectio societatis*, le contrat devra être régi par les règles de la société.

Mais, à défaut de clauses spéciales révélant cette intention, nous croyons que le contrat est un contrat de vente : tous les éléments de ce contrat sont en effet réunis, *res*, *pretium*, *consensus*, et la convention ne diffère du type normal de la vente qu'en ce que le prix, au lieu d'être fixe, est aléatoire, et varie en proportion des bénéfices que réalisera l'acheteur ; mais ce mode de fixation du prix n'a rien d'incompatible avec les caractères de la vente.²

20. — Nous devons signaler une dernière analogie, celle qui existe entre la société et la *communauté* ou l'*indivision* : les règles de la communauté sont, comme nous l'avons dit, trop importantes pour ne pas être traitées à part, et nous en ferons l'objet d'un *appendice* à ce Traité ; mais nous devons dès à présent indiquer, d'une manière sommaire, les différences qui séparent la société de la communauté, différences que nous avons déjà notées à propos de l'achat d'un bien fait en commun par plusieurs personnes.³

La société est, ainsi que nous l'avons vu, un *contrat* par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose

¹ Paris, 10 mars 1843, Sirey, 43, II, 139.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n° 94 ; Laurent, XXVI, n° 153.

³ *Suprà*, n° 17.

en commun, dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

La communauté est une *situation de fait*, l'état de plusieurs personnes qui possèdent un ou plusieurs objets par indivis, sans aucune intention de spéculer au moyen de ces objets, et qui n'ont d'autre but que de prendre chacun la part à laquelle ils ont droit dans les biens indivis.

Tandis que la société procède toujours d'un contrat, la communauté se forme habituellement sans contrat. C'est ainsi qu'elle existe entre cohéritiers, entre colégataires d'un même immeuble, etc...

Toutefois il ne faut pas aller jusqu'à dire, avec Pothier, que la communauté *ne peut pas exister en vertu d'un contrat*. C'est en effet la différence la plus importante qu'il signale entre la société et la communauté :

« La communauté, soit d'une universalité de choses, soit de choses particulières, qui est entre deux ou plusieurs personnes, sans qu'il y ait eu entre elles aucun contrat de société *ni aucune autre convention*, est une espèce de quasi-contrat. »

Et plus loin :

« La principale différence entre la société et cette espèce de communauté, c'est que la société est un contrat, et que la communauté qui en résulte est formée par la volonté et le consentement des parties. Au contraire, cette espèce de communauté n'est pas un contrat, et elle se forme sans le consentement de la volonté des parties. »¹

Le plus souvent la communauté naîtra, comme le dit Pothier, sans la volonté des parties, comme entre cohéritiers ou colégataires ; mais elle peut aussi procéder *d'un contrat*, comme dans l'exemple que nous avons donné plus haut d'un bien acheté en commun pour être divisé entre les acheteurs.²

¹ Premier Appendice du Contrat de Société, n° 181-182.

² Suprà, n° 17.

C'est ce que disait Ulpien :

« *Communiter autem res agi potest etiam citrà societatem : ut puta, cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata ; item si à duobus simul empta res sit ; aut si hereditas, vel donatio communiter nobis obvenit ; aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri.* »¹

L'idée essentielle de la société fait défaut, dans cette hypothèse d'un achat fait en commun : les co-acheteurs ne se proposent pas de spéculer avec le bien par eux acheté, mais de le diviser entre eux. L'origine de leur indivision est un contrat, mais, une fois l'achat effectué, ils n'en sont pas moins dans un état de fait incompatible avec l'idée de société, et qui n'a d'autre but et d'autre dénouement que le partage.

La volonté d'une spéculation à faire en commun, voilà donc la différence essentielle qui sépare la société de la communauté : nous verrons plus tard et avec développement, dans l'*appendice* consacré à la communauté, les nombreuses différences théoriques et pratiques qui existent entre la société et la communauté.

21. — La nature du contrat de société, que nous examinons, soulève une dernière question, très importante et très controversée : la société constitue-t-elle un *être moral*, ayant une personnalité indépendante, distincte de celle des associés ?

L'intérêt de la question est considérable au point de vue pratique, comme nous allons le voir en examinant les conséquences du système que nous allons adopter.

Avant de l'étudier, écartons d'abord les points qui ne font pas de difficulté, et qui doivent être tranchés par des motifs spéciaux.

La difficulté ne naît pas pour la société *commerciale*, qui, elle, constitue certainement un être moral. C'était la solution déjà admise dans notre ancien droit.

¹ L. 31, ff., *Pro socio* (XVII, II).

« *Societas*, disait Straccha, *est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum.* »¹

Scaccia et Emerigon adoptent la même doctrine :

« *Aliud est corpus unius societatis, et aliud est quilibet socius ipsius societatis.* »²

« La société est une *personne civile* qui a ses droits et ses attributs particuliers. »³

C'est par application de cette théorie que le Statut de Gênes accordait un droit de préférence sur les biens de la société aux créanciers sociaux, par rapport aux créanciers personnels des associés, ces derniers fussent-ils des créanciers privilégiés, comme la femme pour le recouvrement de sa dot :

« *Creditores societatum mercatorum ... in rebus et bonis societatum præferuntur quibuscumque aliis creditoribus et etiam dotibus.* »⁴

L'article 69, 6^o du Code de procédure démontre que cette opinion traditionnelle a été consacrée par nos législateurs modernes, puisqu'il porte que les sociétés *de commerce* doivent être assignées, tant qu'elles existent, *en leur maison sociale* ; et s'il n'y en a pas, en la personne ou au domicile de l'un des associés : il est impossible de constater plus nettement la personnalité des sociétés commerciales et de la mieux distinguer de la personnalité des associés qui les composent. Aussi, en ce qui concerne la société commerciale, s'accorde-t-on à reconnaître qu'elle forme un être moral.⁵

22. — Il est certain, d'un autre côté, que *l'association en participation* ne constitue pas un être moral : cette association, prévue et réglementée par les articles 47 à 50 du

¹ *Decis. Rot. Gen.*, VII, IX, 10.

² *Quæst.* I, n^o 450.

³ *Des Assurances*, I, p. 324-325.

⁴ Lib. IV, cap. XII.

⁵ Aubry et Rau, I, § 54, texte et notes 21 et 23, p. 188-189 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n^o 124.

Code de commerce, était définie par Pothier dans les termes suivants :

« La société *anonyme* ou *inconnue*, qu'on appelle aussi
 « *compte en participation*, est celle par laquelle deux ou plu-
 « sieurs personnes conviennent d'être de part dans une cer-
 « taine négociation qui sera faite par l'une d'entre elles en
 « son nom seul. Par exemple, je trouve une certaine partie
 « de marchandises à acheter pour revendre. N'ayant pas les
 « fonds nécessaires pour faire seule cette négociation, je
 « vous propose par lettre missive si vous voulez en être
 « de part avec moi. Vous me faites réponse que vous le
 « voulez bien, et que vous me ferez tenir les fonds néces-
 « saires pour votre part. En conséquence, je fais la négo-
 « ciation seul en mon nom. C'est une société anonyme
 « qui est entre nous, dans laquelle je suis le seul associé
 « connu, et vous l'associé inconnu.¹

Savary, de son côté, indique dans les termes suivants les effets généraux de l'association en participation :

« Tout ce qui se fait en la négociation, tant en l'achat
 « qu'en la vente des marchandises, ne regarde que les asso-
 « ciés, chacun *en droit soi* ; de sorte que celui des associés
 « qui achète est celui qui s'oblige et qui paie au vendeur ;
 « celui qui vend reçoit de l'acheteur. Ils ne s'obligent point
 « tous deux ensemble envers une tierce personne ; il n'y
 « a que celui qui agit qui est le seul obligé. Ils le sont seu-
 « lement réciproquement l'un envers l'autre en ce quiregar-
 « de cette société. »

On conçoit dès lors, sans que nous ayons besoin d'insister pour le démontrer, que dans une association de ce genre, qui n'existe réellement qu'entre les parties, point à l'égard des tiers, il ne peut être question de reconnaître à l'association le caractère d'être moral.²

¹ *Du Contrat de Société*, n° 61.

² Paris, 19 avril 1831, Sirey, 31, II, 202 ; Cassation, 2 juin 1834, Sirey, 34, I, 603 ; Cassation, 19 mars 1838, Sirey, 38, I, 343 ;

23. — Doit-on assimiler aux sociétés de commerce les sociétés civiles pour lesquelles on a adopté une forme commerciale, et leur reconnaître la personnalité civile, par application des principes que nous venons d'exposer pour les sociétés commerciales? Nous verrons qu'il est loisible aux parties, qui font entre elles une société civile, de donner à cette société l'une des formes pratiquées pour les sociétés de commerce : cette société civile à forme commerciale constitue-t-elle un être moral, même pour ceux qui pensent que les sociétés civiles n'ont pas de personnalité juridique?

La question est discutée, et une opinion considérable soutient que ces sociétés doivent être assimilées aux sociétés de commerce :

« La personnalité des sociétés de commerce, disent
 « MM. Lyon-Caen et Renault, a pour but principal de sim-
 « plifier leurs rapports avec les tiers, de leur donner plus
 « de crédit. Il faut, pour qu'elles jouissent de cet avantage,
 « que leur existence ait été portée à la connaissance des
 « tiers par la publicité donnée aux statuts dans les formes
 « légales. On ne sait pas pourquoi le même bénéfice n'ap-
 « partiendrait pas aux sociétés civiles dont les statuts ont
 « été rendus publics à raison de la forme commerciale dont
 « elles sont revêtues. Il semble, du reste, y avoir surtout
 « là une véritable nécessité pratique. Les sociétés civiles
 « qui s'organisent sous une forme commerciale font appel
 « au crédit comme les sociétés de commerce. Le public
 « compte et doit légitimement compter avoir les mêmes
 « garanties que si la société était commerciale. Une solu-

Rouen, 19 janvier 1844, Sirey, 44, II, 393 ; Paris, 17 novembre 1848, Sirey, 49, II, 200 ; Bastia, 25 avril 1855, Sirey, 55, II, 422 ; Cassation, 5 mai 1858, Sirey, 59, I, 223, et Dalloz, 58, I, 222 ; Cassation, 13 avril 1864, Sirey, 64, I, 173, et Dalloz, 64, I, 305 ; Cassation, 19 février 1868, Sirey, 68, I, 297 ; Aix, 2 mai 1871, Sirey, 71, II, 261, et Dalloz, 72, II, 165. — Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 480 et suiv. ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 407 ; Aubry et Rau, I, § 54, texte et note 31, p. 190 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 124.

« tion opposée serait d'autant plus fâcheuse qu'il n'est pas
 « toujours aisé de déterminer si une société est civile ou
 « commerciale, par cela même que la ligne de démarcation
 « entre les actes civils et les actes de commerce est difficile
 « à tracer et même souvent quelque peu arbitraire. »¹

Une opinion va même plus loin, et enseigne que les sociétés civiles constituent une personne morale, ne fussent-elles pas revêtues d'une forme commerciale, à la seule condition qu'elles aient un siège fixe où soit établi leur domicile. En pareil cas, dit-on, l'existence de la société se révèle suffisamment aux tiers, et c'est là ce que la loi a voulu pour lui conférer la personnalité civile. On ajoute que l'article 8 de la loi du 21 avril 1810 le décide ainsi pour les sociétés de mines, qui sont des sociétés civiles, et que cette solution doit être étendue par analogie à toutes les sociétés civiles qui ont un siège fixe.²

Nous ne pouvons admettre ni l'une ni l'autre de ces opinions, et nous croyons que les sociétés civiles à forme commerciale, et à plus forte raison celles qui, sans avoir la forme commerciale, ont un siège fixe, doivent être régies, au fond, par les règles des sociétés civiles ; et si on refuse à celles-ci, comme nous allons le faire, la personnalité juridique, il doit en être de même de celles-là.

Nous reconnaissons volontiers qu'en législation le système que nous allons défendre est loin d'être le meilleur, et, pour nous, la vérité législative est dans l'article 1669 du code civil Espagnol de 1888-1889, dont voici la traduction : « N'ont pas la personnalité juridique, les sociétés dont les clauses demeurent secrètes entre les associés, et dans lesquelles chacun d'entre eux agit avec les tiers en son propre nom. »³ Il résulte à *contrario* de ce texte que, du

¹ *Traité de droit commercial*, n° 133. — Sic, Cassation, 3 février 1868, Dalloz, 68, I, 225. — Aubry et Rau, I, § 54, texte et note 28, p. 189 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 124.

² Demolombe, *Cours de Code civil*, XIX, n° 415.

³ Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, II, p. 303 ; Levé, *Code civil espagnol*, p. 315.

moment où les clauses d'un acte de société ont été publiées, la société constitue un être moral, et cette décision nous paraît excellente : du moment où les tiers ont connaissance non seulement de l'existence, mais des conditions de la société, il est beaucoup plus avantageux, pour les associés et pour les tiers, que la société ait une personnalité juridique ; et on ne voit pas pourquoi la solution doit être différente, suivant que la société poursuit un but civil ou commercial.

Mais, si nous pouvons désirer que la loi Française soit modifiée en ce sens, nous n'avons pas à la faire, mais à l'interpréter telle qu'elle est en ce moment : or nous croyons et nous allons essayer de démontrer dans les numéros suivants que, si les sociétés commerciales constituent d'après notre législation un être moral, il n'en est pas de même des sociétés civiles, auxquelles la loi refuse cette personnalité. Cette opinion est celle notamment de MM. Aubry et Rau, Pont, et Lyon-Caen et Renault, dont nous combattons en ce moment la solution quant aux sociétés civiles à forme commerciale :

« L'admission de la personnalité des sociétés civiles, disent MM. Lyon-Caen et Renault, aurait donc constitué une grave innovation. Elle aurait dû être clairement formulée dans la loi. Or il n'y a à cet égard aucune disposition expresse : les textes invoqués ne sont nullement probants, les dispositions légales qui s'expliquent par l'idée de personnalité paraissent bien faites *pour les seules sociétés de commerce.* »¹

Or s'il en est ainsi, et nous le croyons tout à fait, si la distinction de notre ancien droit entre les sociétés de commerce, auxquelles la personnalité civile est accordée, et les sociétés civiles, auxquelles elle est refusée, a été maintenue par nos législateurs modernes, comment l'interprète pourrait-il modifier gravement cette distinction, et accorder la

¹ Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, n° 128.

personnalité juridique à certaines sociétés civiles ? Pour avoir une forme commerciale, elles n'en sont pas moins des sociétés civiles, qui doivent être régies par les règles propres de ces sociétés, car la forme que l'on donne à une convention n'en change pas le caractère juridique ; et, si désirable au point de vue pratique que puisse être la distinction que nous combattons, nous avons le droit de dire qu'elle ne pourrait résulter que d'un texte précis, et « qu'une « pareille innovation aurait dû être clairement formulée « dans la loi », comme le disent MM. Lyon-Caen et Renault à propos de la personnalité des sociétés civiles en général.¹

A plus forte raison rejetons-nous la théorie qui donne la personnalité juridique aux sociétés civiles, par cela seul qu'elles ont un siège fixe où est établi leur domicile social. Cette circonstance nous paraîtrait insuffisante, en législation, pour mériter à ces sociétés la personnalité civile, car elle n'équivaut pas à la publicité dont sont entourées les sociétés de commerce, et qui seule avertit suffisamment les tiers de l'existence de l'être moral qu'ils ont intérêt à connaître ; et, dans l'état de nos lois, cette théorie ne peut invoquer que l'article 8 de la loi du 21 avril 1810, et ce texte constitue une disposition de faveur pour les sociétés minières, disposition qu'il nous paraît impossible d'étendre aux autres sociétés civiles.

24. — Abordons maintenant la question générale que nous devons examiner : les sociétés civiles constituent-elles un être moral ?

Pour soutenir que la société civile est investie de la personnalité juridique, une opinion, imposante par le nombre et la valeur des jurisconsultes qui la défendent, invoque principalement les arguments suivants.

En droit Romain, cette solution était admise, dit-on, ainsi qu'il résulte notamment de trois textes. Ce sont d'abord les lois 22, *De fidejussoribus*, et 3, § 4, *De bonorum pos-*

¹ *Sic*, Laurent, XXVI, n° 221 et 223.

sessionibus, qui placent les sociétés, en général et sans distinction, sur la même ligne que les hérédités, les municipales et les décuries, qui constituaient certainement des personnes morales :

« *Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personæ vice fungitur, sicuti municipium, et decurio, et societas.* »¹

« *A municipibus et societatibus et decuriis, et corporibus bonorum possessio agnosci potest.* »²

C'est ensuite la loi 65, 14, *Pro socio*, qui, d'après M. Trolong, prouve la personnalité juridique des sociétés civiles en permettant à un associé créancier de la société de s'adresser, pour obtenir son paiement, à un seul de ses associés, si celui-ci est détenteur des fonds de la société :

« *Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit, et alicui sociorum quid absit, cum eo solo agendum penes quem ea pecunia sit ; quâ deductâ de reliquo, quod cuique debetur, omnes agere possunt.* »³

On ajoute qu'il en était de même dans notre ancien droit, et l'on cite en ce sens les passages suivants de Balde et de Guy Coquille.

Balde suppose que plusieurs associés font une caisse commune dont ils chargent l'un d'entre eux : le caissier veut faire payer par un autre des associés sa mise, mais celui-ci, qui est créancier personnel du caissier, lui oppose en compensation ce qu'il doit : ce moyen de compensation est-il fondé ? Voici la réponse de Balde :

« *Compensatio non procedit, quia corpus societatis agit, non ille tanquam singularis persona ; et ideo quod debetur societati non compensatur cum uno ex sociis.* »⁴

Guy Coquille, après avoir décrit le fonctionnement des associations agricoles du Nivernais, conclut ainsi :

¹ L. 22, ff., *De fidejussoribus et mandatoribus* (XLVI, I).

² L. 3, 4, ff., *De bonorum possessionibus* (XXXVII, I).

³ L. 65, 14, ff., *Pro socio* (XVII, II).

⁴ Sur la loi 9, *Cod.*, *De compensationibus*.

« Par ces arguments se peut connaître que ces commu-
 « nautés sont vraies familles et collèges, qui, par considé-
 « ration de l'intellect, sont comme *un corps composé de*
 « *plusieurs membres* ; bien que ces membres soient séparés
 « l'un de l'autre. Mais, par fraternité, amitié et liaison éco-
 « nomique, *font un seul corps.* »

Abordant l'étude du Code, cette opinion constate, en premier lieu, que, lors de l'examen du projet de code civil par les tribunaux d'appel, le tribunal d'appel de Rouen proclama nettement le principe de la personnalité des sociétés civiles ; et, si ces observations n'ont pas amené de changement dans la rédaction du code, au moins n'ont-elles été l'objet d'aucune contradiction :

« Nous observons au surplus qu'on a omis *un des premiers principes qui dérivent de la nature des sociétés* ; ce
 « principe est que *la société forme une personne fictive et*
 « *morale séparée des associés*, et qu'en conséquence on ne
 « peut saisir les immeubles et les fonds de la société pour
 « les dettes personnelles d'un des associés, lorsque la so-
 « ciété est légalement et authentiquement constatée ; sans
 « préjudice toutefois des hypothèques antérieures qui au-
 « raient appartenu à l'un des associés. »¹

Les textes du Code sont d'ailleurs précis, continue-t-on, et la modification demandée par le tribunal d'appel de Rouen n'était pas nécessaire.

Ce sont d'abord les articles 1845, 1846, 1847, 1848, 1850, 1867, qui parlent de la dette des associés *vis-à-vis de la société*, et non *vis-à-vis* les uns des autres, et qui assimilent la garantie de l'associé qui apporte un corps certain en société à la garantie *d'un vendeur envers l'acheteur*.

C'est ensuite l'article 1859, qui donne à la société un droit de propriété sur les apports à elle faits, droit de propriété qui restreint le droit de chacun des associés sur ses apports.

¹ Fenet, V, p. 544.

C'est encore l'article 1860, qui, en prohibant l'aliénation que ferait l'associé de l'un des biens sociaux, même pour sa part, suppose que la propriété en appartient à l'être moral, à la société.

C'est enfin l'article 8 de la loi du 21 avril 1810, sur les sociétés de mine, qui, interprétant en tant que de besoin l'article 529 du Code civil, porte que les actions ou intérêts dans une société ou entreprise pour l'exploitation des mines seront réputés meubles, « conformément à l'article 529 du Code civil » : il n'y a donc aucune différence à faire entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales, et, pendant leur durée, c'est l'être moral qui est propriétaire du fonds social, sur lequel les associés n'ont qu'un droit mobilier, lors même que ce fonds comprendrait des immeubles.

« Ce serait, conclut M. Pardessus, faire un abus inutile de science et de discussion que de chercher à établir longuement qu'une société est une personne morale, qui a son individualité, et ne peut être confondue avec les individus dont la réunion sert à la former. *Societas vice personæ fungitur*, L. 22, ff., *De fidejuss.* Le Code civil, qui ne présente pas, il est vrai, une définition aussi textuelle, contient une multitude de dispositions qui la supposent; de dispositions qu'on ne pourrait comprendre, qui seraient absurdes, si ce principe n'y était pas présumé. »¹

¹ *Consultation*, citée par Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 382. — *Sic*, Cassation, 8 novembre 1836, Sirey, 36, I, 811; Paris, 6 mars 1849, Sirey, 49, II, 427; Cassation, 9 mai 1864, Sirey, 64, I, 239, et Dalloz, 64, I, 232; Orléans, 26 août 1869, Dalloz, 69, II, 185. — Duranton, XVII, n° 334 et 388; Pardessus, *Cours de droit commercial*, IV, n° 975 et 976; Proudhon, *De l'Usufruit*, IV, n° 2064 et 2065; Delamarre et Lepoitvin, *Traité de droit commercial*, II, p. 464; Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, III, n° 2753; Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 58 et suiv.; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 141, 381 et suiv.; Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial*, I, p. 174 et suiv.; Larombière, *Des Obligations*, III, article 1291 n° 6.

25. — Nous sommes au contraire persuadé que, sous l'empire du Code civil, les sociétés civiles ne constituent pas des personnes morales.

Nous croyons d'abord que la tradition historique est en ce sens, et que, pour apprécier la portée des dispositions du Code civil, on doit poser ainsi la question : les rédacteurs du Code ont-ils voulu innover et ont-ils innové ?

Voyons d'abord quelle était la solution admise en droit Romain.

Les textes suivants nous paraissent la trancher d'une manière décisive.

C'est, d'abord, la loi 1^{re}, *Quod cujuscumque universatis*, dont voici les dispositions :

« *Neque societas, neque collegium, neque hujusmodi cor-*
 « *pus passim omnibus haberi conceditur; nam et legibus,*
 « *et senatus consultis, et principalibus constitutionibus ea*
 « *res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt*
 « *hujusmodi corpora, ut ecce vectigalium publicorum sociis*
 « *permissum est corpus habere, vel auri fodinarum, vel ar-*
 « *genti fodinarum, et salinarum. Item collegia Romæ certa*
 « *sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutioni-*
 « *bus principalibus confirmatum est, veluti pistorum, et*
 « *quorundam aliorum, et naviculariorum qui et in provin-*
 « *ciis sunt. § 1. Quibus autem permissum est corpus habere*
 « *collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine,*
 « *proprium est ad exemplum rei publicæ habere res com-*
 « *munes, arcam communem, et actorem sive syndicum, per*
 « *quem tanquam in republicâ quod communiter agi fierique*
 « *oporteat, agatur, fiat. »¹*

Cette loi présente, à elle seule, tout le Code des sociétés en droit Romain, et nous pourrions borner là nos citations. Il n'est pas permis à tout le monde, dit-elle, de fonder une société, un collège ou une association de ce genre ayant une personnalité juridique, car de telles corporations ne

¹ L. 1, ff., *Quod cujuscumque universitatis* (III, IV).

peuvent être constituées que par des lois, des sénatus-consultes ou des constitutions impériales. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que de pareilles sociétés ont été autorisées, comme les sociétés de publicains pour la perception des impôts, les sociétés créées pour l'exploitation de mines d'or, d'argent, ou de salines, les corporations de boulangers ou de bateliers. Mais, lorsque l'autorisation leur a été donnée, ces sociétés ont une organisation semblable à celle de l'Etat, des propriétés sociales, une caisse sociale, et un directeur ou syndic, qui gère tout ce qui doit être fait dans l'intérêt de la société.

Si nous joignons à cette loi la loi 1^{re}, ff., *De collegis et corporibus*¹ qui prescrit aux gouverneurs des provinces de ne pas laisser s'établir de corporations, ni d'associations de militaires dans les camps; la loi 13, ff., *Pro socio*,² et la loi 3, *De communium rerum alienatione*,³ qui permettent à chaque associé d'aliéner sa part dans les biens sociaux, même au profit d'un étranger; et la loi 13, ff., *De præscriptis verbis*⁴, qui, dans l'hypothèse qu'elle prévoit, déclare qu'il n'y a pas de société, car il y a translation de propriété de la chose apportée par l'un des contractants, et, dans la société, nul ne cesse d'être propriétaire de son apport, « *quia nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit* »; on aura la preuve péremptoire que l'association non autorisée par les pouvoirs publics ne constitue pas un être moral, mais qu'elle laisse à chaque associé la propriété et le droit de libre disposition de son apport.

Quant aux lois 22, *de fidejussoribus*, 3, 4, *de bonorum possessionibus*, et 65, *Pro socio*, invoquées par l'opinion que nous combattons, elles ne prouvent qu'une chose, qui résulte des textes que nous venons de citer: c'est qu'il y a des sociétés qui ont une personnalité juridique, mais ce sont celles-là seulement qui ont été spécialement autorisées.

¹ XLVII, XXII.

² XVII, II.

³ COD., IV, LII.

⁴ XIX, V.

Ajoutons que cette démonstration est, à notre avis, d'autant plus péremptoire que la règle dont nous constatons l'existence, la nécessité d'une autorisation législative, n'était pas établie seulement pour les sociétés, mais pour toutes les personnes morales :

« Les Romains, dit M. Accarias, sans distinguer, comme
 « il l'aurait fallu faire, entre les personnes morales qui
 « touchent à un intérêt public et celles qui n'expriment que
 « des intérêts privés, paraissent avoir admis de tout temps
 « qu'aucune personne morale ne se constituerait sans une
 « autorisation du peuple. Quant à la forme de cette auto-
 « risation, elle varia nécessairement : il fallut, sous la Ré-
 « publique, une loi ou un sénatus-consulte ; sous l'empire,
 « un sénatus-consulte ou une constitution impériale... De
 « même que la volonté du peuple était nécessaire à la
 « création de ces personnes, de même aussi était-elle né-
 « cessaire à leur maintien ; l'autorité pouvait leur ôter la
 « vie qu'elle leur avait donnée. »¹

La théorie de notre ancien droit était la même que celle du droit Romain.

On admettait, comme en droit Romain, que l'on ne pouvait constituer un être moral sans la permission du prince.

Loisel, dans ses *Institutes coutumières*, s'exprime comme il suit :

« L'on ne se peut assembler pour faire corps de commu-
 « nauté sans congé et lettre du Roi. »²

« Les communautés, dit Domat, sont des assemblées de
 « plusieurs personnes unies en un corps formé *par la per-*
 « *mission du prince*, distingué des autres personnes qui
 « composent un Etat, et établi pour un bien commun à
 « ceux qui sont de ce corps, et qui ait aussi son rapport
 « au bien public... »³

Ferrière expose les mêmes principes :

¹ *Précis de droit Romain*, I, n° 185 a.

² *Institutes coutumières*, Livre III, Tit. III, Règle 22.

³ *Le Droit public*, Livre I, Titre V, Section I, n° 1.

« On a toujours tenu pour maxime indubitable que per-
 « sonne ne peut établir aucune congrégation, corps, col-
 « lège, communauté soit pour la religion, soit pour la po-
 « lice civile, *sans la permission du prince*. On ne peut donc
 « pas s'assembler pour faire corps de communauté sans
 « congé et lettre du Roi. »¹

Aussi toutes les règles du contrat de société dans notre ancien droit, telles que Pothier les indique, excluent-elles l'idée d'un être moral.

C'est ainsi qu'examinant les effets de l'apport en société d'un bien par l'un des associés, Pothier indique que la chose apportée « devient *commune entre les associés* pour la pro-
 « priété. »² Puis, déduisant logiquement les conséquences de ce principe, il enseigne, conformément à la solution de la loi 68, ff., *Pro socio*,³ « qu'un associé ne peut aliéner ni
 « engager les choses dépendant de la société, *si ce n'est*
 « *pour la part qu'il y a* »;⁴ enfin, examinant les consé-
 quences de l'effet déclaratif du partage des sociétés, il décide que l'associé doit être réputé propriétaire des objets compris dans l'actif social dès l'époque du contrat de société, s'ils ont été apportés par l'un des associés ; et du jour de leur acquisition, s'ils ont été achetés pendant la durée de la société : ce qui exclut toute idée de la société être moral, propriétaire de la masse des biens communs jusqu'au moment de sa dissolution.

Nous pouvons donc dire que, sauf l'exception introduite pour les sociétés de commerce, le principe de la personnalité des sociétés n'existait point dans notre ancien droit.

Il nous reste maintenant à rechercher si les rédacteurs du Code ont voulu faire cette grave innovation, qui aurait modifié si profondément les règles du contrat de société.

Il est remarquable déjà que rien, dans les travaux prépa-

¹ DICTIONNAIRE DE DROIT ET DE PRATIQUE, v° *Communauté*.

² *Du Contrat de Société*, n° 3.

³ XVII, II.

⁴ *Du Contrat de Société*, n° 89.

ratoires, n'annonce ce grand changement, ce qui rend bien invraisemblable que les rédacteurs du Code l'aient fait ; et, quant aux observations du tribunal d'appel de Rouen, bien loin de fournir un argument à l'opinion que nous combattons, elles prouvent que les rédacteurs du Code *avaient omis* de dire que les sociétés civiles constituaient une personne morale, ce qui, d'après le tribunal de Rouen, était un principe essentiel des sociétés ; et, comme cette omission n'a pas été réparée, malgré ces observations, nous sommes fondé à en induire que les rédacteurs du Code ne partageaient pas, sur ce point, l'opinion du tribunal d'appel de Rouen, et qu'ils n'avaient pas l'intention d'innover.

Arrivons maintenant à l'examen des textes.

Nous écarterons d'abord tous ceux qui ne fournissent qu'un argument de mots et de terminologie, dans lesquels la société *paraît* fonctionner comme un être moral, ayant son patrimoine et son budget : nous avons déjà rencontré cet argument dans la discussion d'une question analogue, la question de savoir si la communauté conjugale constitue un être moral, et nous ne pouvons que reproduire, à propos de la société civile, l'argument que nous avons présenté à cette occasion :

« Ecartons d'abord, avons-nous dit, l'argument que l'on
 « veut tirer de la terminologie du Code : les rédacteurs du
 « Code, comme les jurisconsultes anciens et les juriscôn-
 « sultes modernes, emploient le mot communauté pour
 « désigner les époux communs en biens, par opposition
 « aux époux envisagés individuellement, comme proprié-
 « taires de leur patrimoine non mis en commun ; mais ce
 « n'est là qu'une forme plus commode de langage, qui ne
 « résout en rien la question que nous examinons. »¹

De même ici les expressions « société, débiteur de la société, « société débitrice, propriété de la société » ne constituent

¹ *Traité du Contrat de Mariage*, I, n° 345.

que des formes plus commodes et plus abrégées de langage, et ne sont nullement inconciliables avec l'idée ancienne que les sociétés civiles ne sont pas des personnes morales.

On objecte l'article 1860, qui défend aux associés non administrateurs d'aliéner les choses même mobilières de la société, par dérogation aux dispositions du droit romain et de notre ancien droit, qui donnaient à chaque associé le droit d'aliéner les biens sociaux, pour la part qu'il y avait ; et on en conclut que le droit de propriété a été enlevé aux associés par la législation nouvelle.

Nous croyons que cette innovation peut très bien s'expliquer autrement : le droit pour chaque associé d'aliéner les biens apportés ou acquis en société, pour la part qu'il y a, constituait une entrave au fonctionnement de la société, et devait souvent la mettre dans l'impossibilité de remplir, ou du moins de remplir complètement le but pour lequel elle était créée. De là vient la disposition de l'article 1860, qui, pour faciliter les opérations sociales, pour ne pas permettre qu'une vente inopportune enlève à la société un bien qui lui est nécessaire, retire aux associés le droit d'aliéner leur part dans les biens mis en société : ils sont toujours propriétaires, mais, parce que les biens sont mis en société, ils ne peuvent pas les aliéner.

On objecte encore les dispositions de l'article 8 de la loi du 21 avril 1810, qui déclare meubles les actions ou intérêts dans les sociétés de mines, « conformément à l'article 529 « du Code civil » ; et on affirme que ce texte fournit un double argument en faveur de la thèse de la personnalité civile, d'abord parce qu'il consacre la personnalité civile des sociétés de mines, puis parce qu'il interprète en ce sens l'article 529 du Code civil, dont il n'est qu'une application.

Voici notre réponse.

En premier lieu, l'article 529 n'a pas à être interprété, car on n'interprète que ce qui est obscur ; et comme il ne déclare meubles que les obligations et actions « dans les « compagnies de *finance*, de *commerce* ou d'*industrie* », il

exclut par là même les actions dans les compagnies qui n'ont pas pour but la finance, le commerce ou l'industrie, c'est-à-dire les compagnies civiles. La forme de l'article 529 indique qu'il y a des actions qui sont meubles, d'autres qui sont immeubles, et que leur caractère mobilier ou immobilier dépend du but que poursuit la société : n'est-ce pas la preuve certaine que le Code a reproduit la distinction de notre ancien droit entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales ?

Quant à l'article 8 de la loi du 21 avril 1810, il s'explique, croyons-nous, par l'importance des sociétés de mines, en faveur desquelles le législateur a dérogé au droit commun des sociétés civiles. Cette exception se justifie très bien par la faveur due à ces grandes sociétés, et elle n'infirme en rien la théorie que nous proposons.

Nous pouvons donc dire, avec le tribunal d'appel de Rouen, que nos législateurs modernes ont « *omis* » de poser le principe que la société forme une personne morale, distincte des associés ; et cette omission, accentuée par les observations du tribunal de Rouen, auxquelles il n'a pas été donné satisfaction, suffirait pour que nous puissions affirmer qu'il n'a pas été dérogé aux anciens principes.

Mais il y a plus, et l'article 69, 6^o, du Code de procédure civile établit, d'une manière évidente selon nous, que la distinction ancienne entre les sociétés civiles et les sociétés de commerce, les dernières ayant la personnalité civile refusée aux premières, a été reproduite par nos législateurs modernes : ce texte en effet, que nous avons déjà cité pour établir le caractère des sociétés de commerce, porte que l'on devra assigner « les sociétés *de commerce*, tant qu'elles « existent, en leur maison sociale ». N'y a-t-il pas là un commentaire décisif de l'article 529 du Code civil ? Les sociétés civiles n'ont pas la personnalité juridique : voilà pourquoi les actions ou obligations dans ces sociétés sont meubles ou immeubles, suivant que le patrimoine social est mobilier ou immobilier ; et elles n'ont d'autre domicile

que le domicile de chacun des associés : voilà pourquoi elles ne peuvent être assignées qu'au domicile des associés, contrairement aux sociétés de commerce, qui ont une personnalité distincte, et par suite peuvent avoir un domicile indépendant.

Notre conclusion est donc que, dans la législation française, à l'exception des sociétés de mines, les sociétés civiles ne constituent pas un être moral, distinct de la personne des associés.¹

26. — Les conséquences juridiques de la solution que nous venons d'adopter sont nombreuses et importantes ; mais, comme nous allons le voir, elles sont loin d'être toutes satisfaisantes, et nous dirons bientôt que le système du Code civil devrait, à notre avis, être modifié.

Chaque associé, étant en premier lieu, propriétaire pour sa part des biens de la société civile, tant qu'elle dure, l'hypothèque légale ou l'hypothèque judiciaire qui grèvent les biens de l'associé grèveront sa part dans les immeubles sociaux. Au contraire, si la société était propriétaire pendant sa durée du patrimoine social, comme elle l'est dans les sociétés de commerce, les hypothèques légales ou judiciaires provenant du chef de l'un des associés ne grèveraient pas des immeubles qui sont le patrimoine distinct et indépendant de la société être moral : c'est ce que l'on décide pour les sociétés de commerce.²

¹ Cassation, 21 juillet 1854, Sirey, 54, I, 489 ; Nancy, 18 mai 1872, Sirey, 72, II, 197, et Dalloz, 73, II, 103 ; Tribunal de la Seine, 27 juillet 1874, Sirey, 75, II, 27 ; Douai, 11 juillet 1882, Sirey, 83, II, 49. — Thiry, *Dissertat.*, REVUE CRITIQUE, 1854, p. 412 et suiv., et 1855, p. 289 et suiv. ; Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 16, p. 546-547 ; Alauzet, *Comment. du Code de commerce*, I, n° 136 ; Demangeat, sur Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial*, I, p. 174 et suiv. ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 126 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, I, n° 105 et 140.

² Paris, 25 mars 1811, Sirey, c. n., III, II, 459 ; Toulouse, 31 juillet 1820, Sirey, c. n., VI, II, 300 ; Cassation, 10 mars 1831, Sirey, 31, I, 202.

En second lieu, le droit de chaque associé dans la société civile sera mobilier ou immobilier, suivant que le patrimoine de la société comprendra des meubles ou des immeubles : et, par suite, si l'un des associés meurt, laissant un légataire des meubles et un légataire des immeubles, le droit de ces légataires sera subordonné aux résultats du partage. De même, si l'un des associés se marie sous le régime de la communauté légale, sa part tombera ou ne tombera pas dans la communauté, suivant qu'elle portera sur des meubles ou sur des immeubles.¹ Au contraire, si la société était une personne civile, le droit de l'associé appartiendrait toujours au légataire des meubles et tomberait toujours dans la communauté légale, quel que fût le résultat du partage.²

En troisième lieu, les créanciers de la société civile ne jouiront d'aucun droit de préférence sur les créanciers personnels des associés, pour la distribution de l'actif social, et les uns et les autres seront colloqués sur ce patrimoine par contribution, ou suivant le rang que les hypothèques par eux prises leur assurent.³ Si, au contraire, la société avait une personnalité distincte et indépendante, son patrimoine propre serait d'abord le gage de ses créanciers, et les créanciers personnels des associés ne pourraient être colloqués que sur ce qui resterait de ce patrimoine, les créanciers de la société étant désintéressés.⁴

En quatrième lieu, les sociétés civiles ne pourront être citées en justice que dans la personne des associés qui les composent, et au domicile de l'un de ceux-ci ;⁵ et, si le

¹ Voir notre *Traité du Contrat de Mariage*, I, n° 372.

² Tribunal de Lyon, 4 avril 1884, Sirey, 86, II, 25. — Voir notre *Traité du Contrat de Mariage*, I, n° 371.

³ Paris, 19 avril 1831, Sirey, 31, II, 202 ; Cassation, 2 juin 1834, Sirey, 34, I, 603 ; Cassation, 19 mars 1838, Sirey, 38, I, 343.

⁴ Paris, 1^{er} juin 1831, Sirey, 31, II, 591 ; Paris, 9 août 1831, Sirey, 31, II, 259. — Voir *Infrà*, n° 273.

⁵ Cassation, 11 novembre 1829, Sirey, c. n., IX, I, 381 ; Cassation, 26 mai 1841, Sirey, 41, I, 483 ; Cassation, 21 juillet 1854,

tiers qui introduit la demande n'agit que contre quelques-uns seulement des associés, il ne pourra obtenir de condamnation contre eux que pour leur part.¹ Tandis que, si la société constituait une personne morale, il serait inutile d'appeler au procès tous les associés, et la société pourrait être assignée dans la personne de ses administrateurs gérants et au domicile social.²

En cinquième lieu, les créances ou les dettes de la société civile se compenseront avec les dettes et les créances personnelles des associés sur le tiers créancier ou débiteur, à concurrence de la part de l'associé dans la créance ou dans la dette sociale.³

Ces diverses conséquences de l'absence de personnalité de la société civile ne sont pas les seules, mais elles suffisent pour mettre bien en relief l'importance de ce caractère essentiel de la société.

27. — L'étude que nous venons de faire des effets de l'absence de personnalité juridique de la société civile doit, à notre avis, conduire à cette conclusion que la solution de la loi française est regrettable, et que la règle de l'article 1669 du Code espagnol de 1888-1889, d'après laquelle toute société *dont les clauses sont publiées* constitue un être moral,⁴ est bien préférable à la décision de notre Code civil.

Elle est préférable pour les associés : l'absence de personnalité juridique constitue une entrave permanente au fonctionnement de la société. Les immeubles de la société sont grevés des hypothèques légales et judiciaires qui existent contre les associés, les créances sociales sont partiellement éteintes par la compensation du chef des associés,

Sirey, 54, I, 489, et Dalloz, 55, I, 41 ; Cassation, 30 août 1859, Sirey, 60, I, 359, et Dalloz, 59, I, 365 ; Tribunal d'Evreux, 21 octobre 1887, et Tribunal de Langres, 9 décembre 1887, Sirey, 88, II, 119, et Dalloz, 88, III, 136.

¹ Cassation, 29 juin 1853, Sirey, 55, I, 495.

² Voir toutefois Cassation, 8 novembre 1836, Sirey, 36, I, 811.

³ Voir *Infrà*, n° 274.

⁴ *Suprà*, n° 23.

etc..., conséquences qui sont en complète contradiction avec le but que les associés ont poursuivi en établissant entre eux une société.

Elle est préférable pour les tiers : du moment où les clauses de l'acte de société ont été portées à la connaissance du public, il est très désirable surtout que les tiers qui deviennent créanciers de la société aient pour gage le patrimoine de la société avec laquelle ils traitent, et ne soient pas exposés à subir sur ces biens la concurrence des créanciers personnels de la société : c'est en considération du patrimoine social qu'ils ont traité, et ce patrimoine devrait être leur gage exclusif. Il serait désirable aussi qu'ils pussent assigner la société, leur débitrice, dans la personne de ses administrateurs et à son siège social, sans être obligés ni de plaider au domicile des associés, ni d'assigner tous les associés.

Nous croyons que ces résultats ne peuvent être obtenus que par une réforme législative, mais nous la souhaitons vivement, et nous pensons que c'est dans le sens de l'article 1669 du nouveau Code espagnol qu'elle devrait être faite, sans distinction entre les sociétés civiles ordinaires et les sociétés civiles à forme commerciale, en s'attachant uniquement à la *publication* du contrat de société : cette publication nous paraît à la fois nécessaire et suffisante pour sauvegarder l'intérêt des tiers avec lesquels la société se trouve en rapport.

28. — Cette réforme n'est pas la seule dont notre législation nous paraît susceptible.

En effet, à côté des sociétés qui se proposent un lucre pour objet, il y en a d'autres qui ont en vue un but religieux, charitable, scientifique, littéraire, etc... : ne serait-il pas très désirable que de telles associations pussent se constituer chez nous à l'état de sociétés régulières, et, en donnant la publicité requise par la loi à leurs statuts, acquérir la personnalité civile ?

C'est le système de la loi anglaise et du Code fédéral des obligations de Suisse.

« En Angleterre, dit M. Lyon-Caen, les lois sur les sociétés de 1862 et de 1867 admettent que ces associations constituent des personnes civiles, à charge de faire procéder, comme les sociétés de commerce, à l'enregistrement de leurs statuts ; elles restreignent seulement la faculté pour ces associations d'acquérir des immeubles, et confient au *Board of trade* le soin de fixer à quelles conditions la responsabilité des associés peut être limitée. *The Companies Act*, 1862, art. 21 ; *The Companies Act*, 1867, art. 23. »¹

Tel est aussi le système du Code fédéral des obligations de Suisse.

En France au contraire, ces associations ne peuvent être constituées à l'état de sociétés, car elles n'ont pas le lucre pour objet ; et il ressort de la définition même que l'article 1832 donne de la société, et des principes dont ce texte est l'application et que nous développerons bientôt, qu'aucune société ne peut être légalement constituée, si les associés ne se proposent pas, en s'associant, de faire un bénéfice. Il ne peut donc être question pour ces associations, dont la loi ne reconnaît pas l'existence, d'acquérir la personnalité juridique.

A notre avis, le système de la loi anglaise et de la loi suisse est préférable : de semblables associations peuvent rendre de grands services à l'Etat dans lequel elles sont fondées, et le régime de la liberté, que nous voudrions leur voir donner, s'il présente la possibilité d'abus, offre en revanche la certitude d'incontestables avantages sociaux, et, comme M. Lyon-Caen, « nous n'en attendrions que des bienfaits. »

Il serait facile d'ailleurs de donner satisfaction aux craintes que cette liberté d'association pourrait faire naître chez certains esprits en limitant, comme en Angleterre, le droit pour ces associations d'acquérir des immeubles, ou encore

¹ *Note*, Sirey, 1888, I, 161.

en leur appliquant, pour les acquisitions à titre gratuit, la restriction de l'autorisation du gouvernement, exigée par l'article 911 pour les hospices et autres établissements d'utilité publique.

Mais nous ne nous faisons pas d'illusions, et nous craignons bien que, même avec ces restrictions, le système que nous voudrions voir adopter n'ait guère de chance d'être admis d'ici longtemps : « Des motifs d'ordre politique « et surtout religieux, dit exactement M. Lyon-Caen, s'op- « poseront sans doute longtemps encore à son adoption. »

29. — Il y a toutefois des sociétés civiles, et même des associations n'ayant pas le lucre pour objet, qui peuvent acquérir la personnalité juridique : ce sont celles qui sont reconnues d'*utilité publique* par un décret rendu en Conseil d'Etat.

On admet communément en effet, sous l'empire de notre droit moderne, qu'une personne morale ne peut être constituée en France sans être admise par la loi : c'était la tradition de notre ancien droit, et bien qu'il n'y ait pas de textes formels dans notre législation actuelle, il ne semble pas que nos législateurs modernes aient voulu déroger aux anciens principes.¹ Mais la loi peut autoriser de plusieurs manières la création de personnes morales : soit en déclarant, d'une manière générale, qu'une société constituée dans de certaines conditions aura la personnalité juridique, ce qui a lieu pour les sociétés de commerce ; soit en donnant la personnalité juridique à certaines catégories d'associations qui ne sont pas des sociétés proprement dites ; soit enfin, comme nous venons de le dire, par une reconnaissance d'utilité publique, résultant d'un décret délibéré en conseil d'Etat au profit d'une association déterminée.

Parmi les associations revêtues de la personnalité juridique, nous pouvons citer les associations syndicales créées en vertu de la loi du 21 juin 1865, et les syndicats profes-

¹ Aubry et Rau, I, § 53, p. 185.

sionnels constitués en vertu de la loi du 21 mars 1884.

C'est ce qui résulte, pour les associations syndicales, de l'article 3 de la loi du 21 juin 1865 :

« Elles (les associations syndicales) peuvent ester en justice par leurs syndics, acquérir, vendre, échanger, transiger, emprunter et hypothéquer. »

De même, pour les syndicats professionnels, l'article 6 de la loi du 21 mars 1884 est ainsi conçu :

« Les syndicats professionnels de patrons ou d'ouvriers auront le droit d'ester en justice. Ils pourront employer les sommes provenant des cotisations. Toutefois, ils ne pourront acquérir d'autres immeubles que ceux qui seront nécessaires à leurs réunions, à leurs bibliothèques, et à des cours d'instruction professionnelle. Ils pourront, sans autorisation, mais en se conformant aux autres dispositions de la loi, constituer entre leurs membres des caisses spéciales de secours mutuels et de retraites. »

291. — Mais la jurisprudence va plus loin, et elle attribue la personnalité civile à des associations qui ne sont pas des sociétés commerciales, et qui, d'un autre côté, n'ont reçu ni d'une loi, ni d'un décret délibéré en conseil d'Etat la personnalité juridique, mais qui, approuvées par l'autorité publique et créées dans un but d'intérêt général, tiendraient leur personnalité de cette approbation et du but qu'elles se proposent : telles seraient les sociétés hippiques, les sociétés de tir, de gymnastique, etc... :

« Attendu, dit un arrêt récent de la Cour de cassation, que les sociétés d'encouragement pour l'amélioration de la race chevaline forment des associations instituées avec le concours et l'approbation de l'autorité publique, dans un but d'intérêt général et public distinct de l'intérêt des particuliers qui les composent ; que leur existence est soumise, en outre et plus particulièrement pour l'organisation des courses, à des règlements arrêtés par le ministre compétent, en vertu de la délégation qu'il a reçue de l'article 26 du décret du 4 juillet 1806 ; qu'elles

« tiennent, tant de la nature de leur objet que de l'adhésion
 « de l'autorité publique à leur institution une individualité
 « véritable ; qu'elles peuvent donc agir ou être actionnées
 « judiciairement en la personne des membres du comité
 « d'administration, régulièrement nommés par l'assemblée
 « générale des associés, avec mission de les diriger ou ad-
 « ministrer, sans qu'il soit nécessaire que les statuts con-
 « tiennent la mention d'un pouvoir spécial d'ester en jus-
 « tice pour l'association conféré à ces administrateurs. »¹

Nous comprenons très bien l'utilité pratique de cette solution : l'inconvénient qu'il y a à obliger tous les membres, souvent nombreux, de ces sociétés, à ester en justice pour la défense des intérêts de la société est un inconvénient grave ; et il est de nature à faire accueillir favorablement la reconnaissance d'associations constituées dans un but d'intérêt général, et dans lesquelles non seulement les associés poursuivent un but désintéressé, mais souvent ne font vivre la société qu'au prix de sacrifices personnels et périodiques.

Mais, quelque favorable que soit le but de ces associations, la faveur qui s'y attache ne peut en changer le caractère juridique ; et il importe de ne pas oublier que le droit de plaider en justice par les administrateurs n'appartient, dans notre droit Français, qu'aux sociétés qui constituent un être moral : c'est une des conséquences de leur personnalité juridique.²

Or il nous paraît impossible de s'écarter, pour la détermination des personnes morales, de l'un ou de l'autre des deux systèmes suivants : ou bien il est permis aux particu-

¹ Cassation, 25 mai 1887, Sirey, 88, I, 161. — *Sic*, Cassation, 30 août 1859, Sirey, 60, I, 359, et Dalloz, 59, I, 365 ; Cassation, 6 juillet 1864, Sirey, 64, I, 327 ; Tribunal de Langres, 5 décembre 1888, Sirey, 89, II, 175 ; Dijon, 30 octobre 1889, Sirey, 90, II, 16.

² *Suprà*, n° 26. — *Compar.* Tribunal d'Evreux, 21 octobre 1887, et Tribunal de Langres, 9 décembre 1887, Sirey, 88, II, 119, et Dalloz, 88, III, 136.

liers, par leur simple volonté, de créer des personnes morales par la seule force de leurs conventions ; ou, au contraire, de pareilles créations doivent être sanctionnées par la puissance législative, soit d'une manière générale, en autorisant la création de personnes morales à des conditions déterminées, soit d'une manière spéciale, par une déclaration d'utilité publique.

Le premier système est beaucoup plus libéral, et, en législation, il aurait toutes nos préférences, sauf peut-être à prendre certaines précautions contre les dangers pouvant résulter de cette liberté ; mais nous croyons, comme nous venons de le dire, que le système qui subordonne la création des personnes morales à l'intervention du pouvoir législatif, système qui était celui de notre ancien droit, est encore celui de notre législation moderne.

Mais, dans tous les cas, il nous paraît impossible de dire que nos législateurs modernes ont laissé au pouvoir judiciaire le soin de déterminer si une association est ou non une personne morale, en se basant sur *l'approbation* de l'autorité publique, et *le but* d'intérêt général et public poursuivi par les associés. Dans cette voie tout nous paraît arbitraire : de qui devra émaner l'approbation de « l'autorité « publique » ? Du chef de l'Etat, du ministre, du préfet, du maire ? En quelle forme cette « approbation » devra-t-elle être donnée ? D'un autre côté, dans quels cas pourra-t-on dire que la société poursuit un but « d'intérêt général et public » ? Toutes ces questions pourront être diversement résolues par les tribunaux auxquels elles seront soumises, et ce pouvoir d'appréciation qui leur serait donné nous paraît incompatible avec l'esprit de notre législation.

Ainsi, quelque favorable que soit la jurisprudence que nous combattons, quelque utile qu'elle puisse être à des sociétés incontestablement recommandables, nous ne pouvons l'approuver.¹

¹ Sic, Lyon-Caen, *Note*, Sirey, 88, I, 161, et Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 136.

CHAPITRE II

DU CONSENTEMENT.

30. — La société étant un contrat, le consentement des parties contractantes est nécessaire pour sa formation, comme dans tous les contrats :¹

« La société, dit Domat, ne peut se contracter que par le
« consentement de tous les associés, qui doivent se choisir
« et s'agréer réciproquement, pour former entre eux une
« liaison, qui est une espèce de fraternité.

« Ce n'est pas assez, pour former une société, que deux
« ou plusieurs personnes ayant quelque chose de commun
« entre eux, comme les cohéritiers d'une même succes-
« sion, les légataires, donataires ou acquéreurs d'une
« même chose. Car ces manières d'avoir quelque chose de
« commun entre plusieurs, ne renfermant pas le choix ré-
« ciproque des personnes, ne les lient point en société. »²

Cet accord des parties contractantes pour entrer en société est même, comme nous l'avons vu, ce qui sépare la société de la communauté ou indivision ; mais nous avons signalé l'exagération dans laquelle, à notre avis, Pothier était tombé sur ce point, en enseignant que la société se formait par le concours des volontés des parties contrac-

¹ *Compar.* Paris, 7 février 1824, Sirey, c. n., VII, II, 315.

² *Les Lois civiles*, Liv. I, Tit. VIII, Sect. II, §§ 1 et 2.

tantes, tandis que la communauté ne se formait jamais par la volonté des communistes. Nous avons cité l'exemple d'un bien acquis en commun par plusieurs personnes, avec l'intention de le partager entre elles, dès qu'elles l'auront acheté : il n'y a point entre elles société, mais simple indivision, car les parties ne se proposent pas de spéculer au moyen de la chose qu'elles ont achetée en commun.¹

La communauté se forme donc parfois par la volonté des parties, le plus souvent sans leur volonté : la société, au contraire, ne peut se former que par la volonté des parties, et dans tous les cas elle diffère de la communauté par l'intention que les parties ont eue en contractant ; ont-elles eu l'intention de mettre quelque chose en commun pour spéculer au moyen de cet apport, il y a entre elles société, parce qu'il y a *affectio societatis*, volonté de s'unir pour spéculer en commun et essayer de réaliser un bénéfice ; mais si cette volonté de faire ensemble une spéculation manque, il n'y a entre elles qu'une simple communauté, procédât-elle de leur volonté réciproque.²

31. — Le consentement dans le contrat de société doit porter, comme dans les contrats en général, sur les divers éléments nécessaires à la formation du contrat, le but de la société, les apports des parties, la durée du contrat, etc....

Il peut être vicié par les vices qui altèrent, en droit commun, le consentement dans les contrats, la violence, le dol, l'erreur. Mais il importe de remarquer, à propos de l'erreur, qu'elle sera une cause de nullité non-seulement si elle porte sur l'objet du contrat ou sur l'une de ses conditions essentielles,³ mais aussi si elle porte sur *la personne* de l'un des contractants. C'est qu'en effet la société est l'un de ces contrats dans lesquels « la considéra-
« tion de la personne est la cause principale de la con-

¹ *Suprà*, n° 17 et 20.

² Laurent, XXVI, n° 135.

³ *Compar.* Cassation, 9 juin 1841, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v° *Société*, n° 77.

« vention », comme le prévoit l'article 1110; l'honnêteté, l'habileté, le caractère, les habitudes laborieuses de la personne avec laquelle on s'associe sont souvent la cause déterminante du contrat de société, et en sont toujours une des causes principales :

« Le choix des personnes, dit avec raison Domat, est
« *tellement essentiel* pour former une société que les hé-
« riers mêmes des associés ne suc cèdent point à cette qua-
« lité, parce qu'ils peuvent n'y être pas propres, et qu'eux
« aussi peuvent ne s'accommoder pas ou du commerce que
« faisait la société, ou des personnes qui la composaient.
« Et c'est par cette raison que, comme la liaison des asso-
« ciés ne peut être que volontaire, la société est rompue
« par la mort d'un associé. »¹

Cette solution est consacrée dans notre droit actuel par l'article 1865, 3^o, du Code civil; et il en faut conclure que l'erreur sur la personne de l'associé constitue une erreur *substantielle*, entraînant la nullité de la société.²

32. — Le consentement doit émaner de la partie qui contracte, de l'associé; mais il peut être donné par l'associé lui-même, ou par un mandataire, pourvu que ce mandataire soit investi de pouvoirs suffisants.

Mais il importe de remarquer, à ce propos, que le mandat donné pour contracter une société doit être spécial, ou dans tous les cas assez étendu pour que la volonté de contracter au besoin une société soit certainement entrée dans les prévisions du mandat. Nous n'avons pas besoin d'insister sur cette idée, car c'est une chose grave de contracter une société, même civile, et, comme le mandataire n'a d'autres pouvoirs que ceux qui lui sont donnés par le mandant, on ne doit pas facilement présumer chez celui-ci l'intention d'entrer en société, à moins d'un mandat exprès ou du moins assez large pour ne pas laisser de doute sur la volonté de celui qui l'a donné.³

¹ *Les Lois civiles*, Liv. I, Tit. VIII, Sect. II, § 3.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n^o 21.

³ Cassation, 20 mars 1860, Sirey, 61, I, 61, et Dalloz, 60, I, 398.

32 1. — Une société peut aussi être contractée par un tiers sans mandat, et qui agit comme se portant fort d'une personne dont il promet la ratification : en pareil cas, si la personne dont la ratification a été promise approuve ce que le tiers a promis en son nom, la société est régulièrement constituée. C'est l'application de la théorie de l'article 4120 sur les promesses faites pour autrui.

Mais à partir de quel moment la société sera-t-elle constituée, lorsque le tiers ratifie la promesse faite en son nom : sera-ce à partir de la promesse, ou à partir de la ratification ?

Il y a un premier point sur lequel on est d'accord : c'est que, entre les parties, la ratification rétroagit et produit ses effets du jour où la promesse a été faite. C'est l'application de la règle : *ratihabitio mandato æquiparatur*.

Mais en sera-t-il de même à l'égard des tiers ? Oui, d'après M. Laurent, qui ne fait d'exception que pour les sociétés de commerce, à raison de la publicité qui doit être donnée à l'acte de société, publicité qui ne saurait rétroagir ; mais, pour les sociétés civiles, il applique même à l'égard des tiers la règle que la ratification équivaut au mandat.¹

La doctrine contraire nous paraît plus sûre. Lorsqu'un acte est fait par une personne qui se porte fort pour autrui, spécialement un acte de société, cet acte n'a pas d'existence légale avant la ratification ; jusque-là il est incomplet, et par suite, vis-à-vis des tiers, le consentement n'existe et l'acte n'a de valeur que du moment où le tiers, au nom duquel on a agi, a donné son adhésion. La rétroactivité est une fiction qui ne peut résulter que d'une prescription formelle de la loi ; et, bien loin que cette disposition existe, l'article 4338 fournit un argument grave en faveur de la théorie que nous exposons, en décidant que la ratification d'une obligation annulable n'a d'effet rétroactif qu'entre les parties, point à l'égard des tiers.²

— Pont, *Du Contrat de Société*, n° 16. — *Nec obstat* Cassation, 4 janvier 1843, Sirey, 43, I, 144.

¹ Laurent, XXVI, n° 138.

² Cassation, 6 avril 1842, Sirey, 42, I, 597 ; Cassation, 4 août

33. — Si les parties, au lieu de faire entre elles un contrat de société, se sont bornées à *promettre* qu'elles s'associeraient, dans un délai déterminé, quelle est la valeur d'un semblable engagement, et quelle sanction y aura-t-il contre la partie qui refusera de réaliser la promesse qu'elle a faite ?

Pour les sociétés commerciales, il y a controverse, et, tandis qu'une opinion décide qu'en cas d'inexécution de la promesse, celui qui refuse de la tenir devra être condamné à des dommages et intérêts,¹ un autre système enseigne que cette promesse est nulle et que son inexécution ne peut donner lieu à des dommages et intérêts, par le motif que l'écriture et la publicité sont de l'essence du contrat de société commerciale ; et que la promesse verbale, et dans tous les cas non publiée, ne peut produire aucun effet.²

Pour les sociétés civiles, nous croyons que la promesse est valable, et que, en cas d'inexécution, elle devra se résoudre en dommages et intérêts. Le contrat de société civile est, en effet, un contrat comme un autre, purement consensuel, et qui n'est soumis à aucune publicité ; l'engagement de contracter une société, lorsque les conditions de la société sont précisées, est donc un engagement valable. Il est vrai que le fonctionnement du contrat de société exigeant le concours personnel des associés, ceux-ci ne peuvent être tenus directement d'accomplir leur promesse, conformément à l'adage *nemo precise cogi potest ad factum* : mais c'est pour une situation analogue qu'est écrit l'article 1142, aux termes duquel toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

1847, Sirey, 47, I, 649, et Dalloz, 47, I, 309 ; Cassation, 10 juillet 1850, Sirey, 51, I, 122, et Dalloz, 50, I, 323. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 17 ; Larombière, *Des Obligations*, I, article 1120, n° 7 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, XXIV, n° 230.

¹ Paris, 11 avril 1861 et 1^{er} mai 1862, *Journal des Tribunaux de commerce*, X, p. 375, et XI, p. 314 ; Paris, 2 décembre 1887, Dalloz, 88, V, 332.

² Paris, 24 février 1860, Dalloz, 60, II, 84 ; Toulouse, 22 juin 1872, Dalloz, 72, II, 156.

CHAPITRE III

DE LA CAPACITÉ.

34. — La capacité des parties contractantes est nécessaire dans le contrat de société comme dans tous les contrats ; et il importe de remarquer que l'associé s'obligeant au paiement des dettes de la société dans laquelle il entre, la capacité requise chez lui doit être non pas la capacité d'administrer son patrimoine, mais la capacité de s'obliger.¹

Il suit de là que le mineur, même émancipé, ne peut contracter une société civile, puisqu'il n'a que la capacité d'administrer son patrimoine, et non celle de s'obliger.² A plus forte raison en est-il ainsi du mineur non émancipé et de l'interdit, qui n'ont même pas la capacité d'administrer.

De même la femme mariée ne pourra, sans l'autorisation de son mari, contracter une société ; mais, conformément aux règles ordinaires sur l'autorisation maritale, cette autorisation n'a pas besoin d'être expresse, il suffit qu'elle soit tacite, du moment où la volonté du mari d'autoriser sa femme résulte clairement des circonstances.³

¹ *Compar.* Cassation, 4 janvier 1843, Sirey, 43, I, 644.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n° 28.

³ Cassation, 27 avril 1841, Sirey, 41, I, 385. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 33. — *Compar.* Cassation, 14 novembre 1820, Sirey, c. n., VI, I, 326 ; Cassation, 1^{er} mars 1826, Sirey, c. n., VIII, I, 288 ; Cassation, 27 mars 1832, Sirey, 32, I, 365.

C'est ainsi encore que le pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas capable de s'engager dans un contrat de société. Nous croyons même qu'il ne peut pas le faire avec l'assistance de son conseil, par le motif que la Cour de Cassation en a très bien donné à propos d'une société en nom collectif.

« Attendu que le prodigue peut faire, il est vrai, avec
 « l'assistance à lui donnée par le conseil judiciaire en con-
 « naissance de cause, chacun des actes pour lesquels, par
 « lui-même et à lui seul, il aurait été incapable, mais qu'il
 « n'a pas pu appartenir au conseil de lui conférer la capa-
 « cité de contracter seul, en vertu d'une autorisation géné-
 « rale, préalable et indéterminée, des engagements indé-
 « finis ; attendu que laisser au conseil judiciaire une telle
 « faculté, ce serait investir ce conseil du pouvoir de lever
 « une incapacité déclarée par justice et qu'une déclaration
 « de justice peut seule faire cesser. »¹

Ces raisons excellentes existent avec la même force pour les sociétés civiles, et nous croyons que le conseil judiciaire ne peut autoriser le prodigue à en faire partie.

35. — Une question très grave, non seulement au point de vue théorique, mais au point de vue pratique, est née à propos de la thèse que nous examinons, la thèse de la capacité requise dans le contrat de société : on s'est demandé s'il n'y avait pas en cette matière une incapacité spéciale, l'incapacité de contracter une société *entre époux*.

La question est très controversée : nous l'avons examinée dans notre *Traité du contrat de mariage*, et la solution à laquelle nous sommes arrivé, et que nous persistons à croire la meilleure, est que le contrat de société est toujours défendu entre époux, qu'il s'agisse d'une société universelle ou particulière, et que les époux soient mariés sous un régime en communauté ou sous le régime de la séparation de biens. Le motif qui nous a déterminé n'est pas que les

¹ Cassation, 3 décembre 1850, Sirey, 50, I, 777, et Dalloz, 50, I, 42. — Demolombe, *Cours de Code civil*, VIII, I, n° 761 ; Laurent, V, n° 351.

époux soient incapables, en principe, de contracter entre eux à titre onéreux, car nous croyons que les contrats à titre onéreux sont, en général, permis entre époux : mais c'est que tout contrat de société, quel qu'il soit, déroge aux conventions matrimoniales que les époux avaient adoptées, soit qu'il établisse une société entre époux mariés sous un régime excluant la société, soit qu'il modifie les conditions de la communauté qu'ils avaient constituée entre eux : ce contrat, qui permettrait toutes les fraudes, tombe donc, à notre avis, sous le coup de la prohibition absolue de l'article 1395, qui défend tout changement aux conventions matrimoniales après la célébration du mariage.¹

36. — La loi exige une capacité spéciale des associés dans la société *universelle* : aux termes de l'article 1840, nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes *respectivement capables de se donner ou de recevoir* l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes.

« Le motif de cette disposition, dit Treilhard dans l'*Exposé des motifs*, se fait assez sentir : c'est par des considérations d'une haute importance que vous avez établi entre quelques personnes des incapacités de se donner au préjudice de quelques autres. Ces prohibitions ne sont pas nombreuses dans notre législation ; mais enfin il en existe : or ce que vous avez expressément défendu, ce qu'on ne peut faire directement, il serait inconséquent et dérisoire de le tolérer indirectement : il ne faut donc pas que, sous les fausses apparences d'une société, on puisse, en donnant en effet, éluder les dispositions d'une loi qui a défendu de donner, et que ce qui est illicite devienne

¹ Voir notre *Traité du Contrat de Mariage*, I, n° 229. — Adde, dans le sens de notre opinion ; Paris, 24 janvier 1885, Dalloz, 88, I, 401 ; Cassation, 7 mars 1888, Dalloz, 88, I, 349. — Planiol, *Revue critique*, 1888, p. 275 et suiv. — Et, en sens contraire, Pont, *Du Contrat de Société*, n° 35-38.

« permis, en déguisant sous les qualités d'associés celles
« de donateur et de donataire. »¹

Cette prohibition d'établir une société universelle entre personnes incapables de se donner n'existait pas dans le projet primitif du Code, et l'article 7, devenu l'article 1837, se bornait à limiter la société universelle aux biens présents, et à exclure, si ce n'est pour la jouissance, les biens qui adviendraient ensuite aux associés par succession, donation ou legs.

Lors de la discussion au conseil d'Etat, les dispositions de ce texte furent critiquées comme insuffisantes, et M. Berlier proposa, tout en restreignant les sociétés universelles aux biens présents, de les interdire aux personnes incapables de s'avantager ; cet amendement, soutenu par MM. Treilhard et Bigot-Préameneu, fut adopté et donna naissance à l'article 1810.²

Voici donc quelle est la portée de cette disposition. En principe, la société constitue, comme nous l'avons dit,³ un contrat à titre onéreux, chacun des associés étant assujéti à faire un apport : mais la société universelle, même réduite aux biens présents, fournit aux parties un moyen très commode de s'avantager, et, mesurant les inconvénients qu'un pareil contrat présente entre personnes incapables de s'avantager, les facilités qu'il leur offre pour frauder la loi, le législateur a pris un parti radical : sans examiner si, en fait, les associés ont voulu s'avantager, il présume, par une présomption *juris et de jure*, que les associés ont voulu faire une donation, et par suite il annule le contrat de société.

37. — La prohibition de l'article 1840 est absolue, et s'applique à toute société universelle, même à la société universelle *de gains*. On comprendrait que le législateur en eût disposé autrement, et qu'il n'eût pas considéré comme une donation une société dans laquelle les immeu-

¹ *Exposé des motifs au Corps législatif*, Fenet, XIV, p. 396.

² *Discussion au Conseil d'Etat*, Fenet, XIV, p. 370-372.

³ *Suprà*, n° 9.

bles personnels des associés n'entrent que pour la jouissance seulement : mais les termes formels de l'article 1840, « *nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre* », ne permettent pas de distinguer, mais obligent de prononcer la nullité aussi bien de la société universelle de gains que de la société de tous biens présents.¹

Ajoutons que la nullité édictée par l'article 1840 existe non seulement dans le cas où l'incapacité de disposer et de recevoir est réciproque, mais aussi dans le cas où elle n'existe que chez l'un des associés par rapport à l'autre, comme entre le tuteur et le pupille, tant que le compte de tutelle n'a pas été apuré : sans doute le tuteur peut donner à son ancien pupille, mais celui-ci ne peut pas donner à son tuteur et cela suffit pour que l'article 1840 et les motifs de la prohibition qu'il crée soient applicables.²

38. — Puisque la société universelle entre personnes respectivement incapables de se faire des libéralités doit être assimilée à une donation, les deux conséquences suivantes vont découler de cette assimilation : la première, que l'on devra appliquer à ces sociétés la règle de l'interposition de personnes, écrite dans l'article 911 ; la seconde, que la société sera révoquée pour cause de survenance d'enfant à l'un des associés, conformément à la règle de l'article 960.

Cette dernière conséquence, la révocation de la société pour cause de survenance d'enfants, a été formellement reconnue, lors de la discussion au conseil d'Etat, par M. Réal : après l'adoption du principe de la prohibition de la société universelle entre personnes entre lesquelles les donations sont prohibées, M. Réal observa que, « d'après le principe adopté, la survenance d'enfants détruira la société de

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 215.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n° 218.

« tous les biens. »¹ Il est vrai qu'en réponse à cette observation Cambacérès dit « que si la société donne quelque « avantage à l'autre associé, on le réduira à la portion disponible. »² Mais nous croyons, avec M. Pont,³ qu'il n'y a lieu de tenir aucun compte de cette observation évidemment erronée de Cambacérès : lorsqu'il survient des enfants à l'auteur d'une donation, la donation n'est pas réduite à la quotité disponible, elle est révoquée, parce que le législateur pense que le donateur n'aurait pas donné, s'il avait prévu qu'il lui naîtrait un enfant ; et, comme la société universelle est assimilée à la donation, elle doit être annulée et non pas seulement réduite par la survenance d'enfants.

Quant à l'interposition de personnes établie par l'article 911, les motifs qui ont inspiré l'article 1840 conduisent nécessairement à appliquer l'article 911 : le législateur craint que les sociétés universelles ne servent à déguiser une donation, voilà pourquoi il la prohibe entre personnes incapables de s'avantager ; mais son œuvre serait incomplète si, en défendant la société entre les incapables eux-mêmes, il la permettait avec leurs pères et mères, leurs enfants, etc... Le danger de donations frauduleuses, pour être déplacé, ne serait pas moindre, si la présomption d'interposition de personnes n'était pas étendue aux sociétés universelles.

39. — Après avoir dit que nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, l'article 1840 ajoute : « *et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes.* » Cette partie du texte prévoit l'hypothèse où les associés sont respectivement capables de se donner ou de recevoir, mais où l'un d'eux a des héritiers à réserve : mais la portée de la loi est-elle la même dans cette seconde hypothèse que dans la première, et la société sera-t-elle nulle dans les deux cas ? Ou, au

¹ Fenet, XIV, p. 373.

² Fenet, XIV, p. 373.

³ *Du Contrat de Société*, n° 221.

contraire, si l'un des associés a des héritiers réservataires, ne doit-on pas décider seulement que l'avantage qui résulterait du contrat de société serait réductible à la quotité disponible ?

Une opinion soutient que, dans ce second cas comme dans le premier, la société est nulle pour le tout.

« Il n'y a aucun doute, dit M. Laurent, quand on s'en
 « tient, comme on le doit, au texte de la loi. Quelles sont
 « les personnes au préjudice desquelles les libéralités ne
 « peuvent se faire ? Ce sont les héritiers réservataires. Il
 « suit de là que ceux qui ont des héritiers à réserve ne peu-
 « vent pas contracter de société universelle. On objecte que
 « cela restreint singulièrement ces sociétés. Eh, qu'importe ?
 « Personne ne songe à en former, et le législateur n'avait
 « aucune raison de les favoriser. Dans cette opinion, la so-
 « ciété universelle, qui serait contractée au mépris de la
 « prohibition, est frappée de nullité. Quand le texte est
 « clair, il ne devrait pas y avoir de controverse. Nous croyons
 « inutile d'insister. »¹

« Il y aurait, dit de son côté M. Duvergier, de graves
 « difficultés dans l'application du système qui se bornerait
 « à réduire à la quotité disponible les avantages excessifs
 « que pourraient présenter les sociétés universelles. Il
 « faudrait apprécier arbitrairement le résultat des clauses
 « qu'elles contiendraient, compenser le bénéfice que pré-
 « senterait l'une avec la charge qu'imposerait l'autre. Ce
 « serait livrer au pouvoir discrétionnaire des juges les sorts
 « des conventions ; ce serait folie de former des rapports si
 « peu stables. Sous le régime d'une pareille tolérance, on
 « ne verrait pas une société universelle contractée de bonne
 « foi, entre personnes ayant des héritiers à réserve ; dès
 « lors, il valait mieux les prohiber absolument. »²

Nous croyons, au contraire, que la société n'est pas défen-

¹ XXVI, n° 242.

² *Du Contrat de Société*, n° 119.

due à la personne qui a des héritiers à réserve, mais que, s'il résulte de cette société un avantage au profit de l'associé et au préjudice du réservataire, cet avantage sera réduit à la quotité disponible.

L'article 1840 n'a qu'un but, mettre la loi sur les sociétés en harmonie avec la loi sur les successions, les donations et les testaments, ainsi que le déclarait formellement M. Boutteville au Tribunat :

« L'article 9, dit-il, avertit les personnes déclarées incapables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et celles auxquelles il est défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes, qu'elles ne peuvent se soustraire, *les premières à leur incapacité réciproque, les secondes aux prohibitions de la loi.* Ces dispositions pouvaient seules mettre le projet en parfait accord avec nos lois sur les successions, donations et testaments. »¹

Pour réaliser cette harmonie, et pour sanctionner les lois sur l'incapacité de disposer et de recevoir et les lois sur la réserve, le législateur devait faire deux choses : prononcer la nullité des sociétés établies entre personnes incapables de s'avantager, soit lorsqu'il serait constaté qu'elles renferment une libéralité, soit en présumant cette libéralité ; et, en second lieu, réduire à la quotité disponible l'avantage résultant d'un contrat de société fait au préjudice d'un héritier réservataire. Mais on ne comprendrait pas que la loi fût allée plus loin, et que, sous prétexte de protéger la réserve, elle eût annulé les sociétés faites par des personnes ayant des héritiers réservataires : la loi réduit, lorsqu'il s'agit de sauvegarder la réserve, elle n'annule pas.

Cette disposition eût été d'autant plus choquante qu'elle eût conduit à ne permettre les sociétés universelles qu'aux célibataires ou aux veufs sans enfants, et encore à la condition que leur père et leur mère fussent décédés ! Enoncer une pareille conséquence, c'est, il semble, faire juger de la va-

¹ Rapport au Tribunat, Fenet, XIV, p. 407.

leur du système qui l'admet : il est déjà grave que la société universelle soit annulée par la survenance d'enfants, mais, si on ne l'avait permise qu'aux catégories de personnes que nous venons d'indiquer, il eût beaucoup mieux valu la prohiber totalement.

Mais, dit-on, l'article 1840 condamne cette interprétation, et annule les deux espèces de sociétés dont il s'occupe, celles établies entre personnes incapables de s'avantager, et celles faites par des personnes ayant des héritiers réservataires. Nullement, à notre avis : l'article 1840, comme on l'a dit dans la discussion au conseil d'Etat, « défend la société « aux personnes entre lesquelles les donations sont prohibées » ; et, comme elles ne sont prohibées au préjudice des réservataires qu'au delà de la quotité disponible, l'article 1840 n'atteint les sociétés universelles que dans cette limite.

On objecte enfin qu'il sera difficile de savoir si les sociétés universelles contiennent un avantage au préjudice de la réserve, et dans quelle mesure cet avantage existe. Nous répondrons, d'abord, que si cet avantage est si difficile à découvrir, c'est qu'il n'y a guère de préjudice porté à la réserve, et il n'y aura pas grand inconvénient à maintenir ces sociétés. Nous ajouterons que cette difficulté n'est pas invincible, car l'article 834, dans la matière *Des rapports*, dispense le successible du rapport, lorsque la société est établie entre lui et le *de cujus* par acte authentique, et qu'elle est faite *sans fraude* ; ce qui suppose l'examen des conditions de fait dans lesquelles la société a été constituée et a fonctionné.¹

40. — On doit rapprocher de l'article 1840, dont nous expliquons les dispositions, l'article 834, que nous venons de citer.

L'article 834 prévoit une hypothèse spéciale, celle où une

¹ Massé, *Note*, Sirey, 1839, I, 546 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 305-308 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 222-224 ; Aubry et Rau, IV, § 379, texte et note 7, p. 553-554. — *Compar.* Cassation, 25 juin 1837, Sirey, 39, I, 546.

société a été établie entre un *de cujus* et l'un de ses successibles, et voici la règle qu'il trace.

De deux choses l'une : ou la société a été établie par acte sous seing privé, ou elle a été établie par acte authentique.

Dans le premier cas, il résulte, par un argument à *contrario* de l'article 854, que la société devra être traitée comme une donation, et que, par suite, le successible associé devra rapporter à la succession du *de cujus* tous les avantages que le contrat de société lui a procurés, et cela même s'il est certain qu'aucune fraude n'a été commise, pourvu que d'ailleurs l'acte de société ait été enregistré et publié.¹

Dans le second cas, si l'acte de société a été rédigé en la forme authentique, le successible ne doit pas rapporter les avantages que l'association lui a procurés, à moins qu'il ne soit établi que l'association a été *frauduleuse*, c'est-à-dire, suivant l'interprétation la plus accréditée, que l'association a eu pour but de procurer un avantage au successible associé au préjudice des autres successibles.²

Il n'est point besoin de faire remarquer que, s'il s'agit d'une société universelle établie entre le *de cujus* et l'un de ses successibles, on appliquera non pas l'article 854, mais la règle spéciale de l'article 1840, et, la société fût-elle établie par acte authentique, le successible associé devra rapporter tous les avantages que l'acte de société lui a procurés.

41. — Lorsqu'une société a été constituée par un ou des associés capables, et un associé incapable, quel en sera le sort ?

Il importe de remarquer d'abord que la nullité de la so-

¹ Cassation, 26 janvier 1842, Sirey, 42, I, 114 ; Paris, 28 décembre 1854, Sirey, 55, II, 344, et Dalloz, 56, II, 279 ; Cassation, 29 décembre 1858, Sirey, 59, I, 600, et Dalloz, 59, I, 213 ; Paris, 2 août 1860, sous Cassation, 19 novembre 1861, Sirey, 62, I, 145, et Dalloz, 62, I, 139 ; Dijon, 24 janvier 1866, Sirey, 66, II, 196. — Demolombe, *Cours de Code civil*, XVI, n^o 370 et suiv. ; Laurent, X, n^o 614-615.

² Demolombe et Laurent, *Op. et loc. citat.*

ciété ne peut être proposée que par l'incapable, point par l'associé capable : c'est l'application de la règle générale de l'article 1125, sur l'incapacité dans les contrats. Observons toutefois, avec MM. Lyon-Caen et Renault,¹ que, s'il en est ainsi pour le passé, et si l'associé incapable peut choisir entre le maintien et la nullité de la société, il n'en est pas ainsi pour l'avenir, et, le contrat de société étant un contrat successif, l'associé incapable ne peut tenir indéfiniment ses associés sous la crainte d'une demande en nullité, et ceux-ci peuvent le contraindre à prendre parti :

« J'entends bien, dit M. Demolombe dans une hypothèse « analogue, que la loi ait remis le sort du contrat lui-même « à la discrétion de la partie incapable ; mais je ne puis pas « croire qu'en refusant au tiers le droit d'en proposer la « nullité, elle ait voulu le placer toujours dans une situation « profondément inique..... Pour le sort même du contrat, « je suis à la merci de l'incapable ; voilà ce que la loi me « déclare. Mais je ne vois pas qu'elle me défende de pren- « dre mes sûretés pour tout ce qui n'est pas encore irrévo- « cablement accompli. »²

Quant à la manière dont la société devra être liquidée, lorsque la nullité en a été prononcée, il faut distinguer suivant les hypothèses.

Si la société a été contractée par un mineur, une femme mariée non autorisée, etc., la liquidation devra se faire de manière à remettre les parties au même état que s'il n'y avait pas eu de société.

Si la société est annulée pour violation de l'article 1840, parce que les associés étaient incapables de s'avantager réciproquement, il en sera de même, et tous les résultats que le fonctionnement de la société devait amener seront effacés.

Enfin, si la société est attaquée parce qu'elle aurait été faite au préjudice des droits de l'héritier réservataire de

¹ *Traité de droit commercial*, II, n° 81.

² Demolombe, *Cours de Code civil*, IV, n° 345.

l'un des associés, la tâche des juges est plus complexe : ils devront d'abord rechercher si la société a réellement eu pour but et pour résultat de faire fraude aux droits du réservataire. Puis, si l'affirmative est établie, ils constateront dans quelle mesure la réserve a été entamée, et ils se borneront à prononcer la réduction des avantages excessifs dans la mesure de l'excès. Pour le surplus, c'est-à-dire à concurrence de la quotité disponible, les avantages résultant pour l'autre associé de la formation et du fonctionnement du contrat de société devront être maintenus.

CHAPITRE IV

DE L'OBJET.

42. — L'objet de la société, c'est le but qu'elle poursuit, la cause pour laquelle les associés se sont réunis : c'est en ce sens que l'article 1833 décide que « toute société doit « avoir un *objet licite* », comme l'article 1133 annule les conventions dont « la *cause est illicite* ».

Le mot « *objet* » a, dans la matière de la société, deux sens : il signifie parfois la réunion des apports des associés, et c'est ainsi que l'article 1834 porte que « toutes sociétés « doivent être rédigées par écrit, lorsque *leur objet est* « d'une valeur de plus de cent cinquante francs ». Parfois, au contraire, le mot « *objet* » est pris dans le sens de « *cause* », comme il arrive d'ordinaire dans les contrats synallagmatiques, où la cause se confond avec l'objet.¹

C'est dans ce dernier sens que l'article 1833 s'occupe de l'objet des sociétés, pour exiger que cet objet soit licite, et c'est en ce sens que nous nous en occuperons dans ce chapitre. Cette disposition, dont nous allons présenter l'explication, n'est autre chose que l'application au contrat de société de la règle générale des articles 1108, 4^o, 1131 et

¹ Demolombe, *Cours de Code civil*, XXIV, n^o 348; Laurent, XXVI, n^o 156.

1133, qui exigent dans tous les contrats une cause licite, c'est-à-dire que le but poursuivi par les parties qui contractent ne soit pas prohibé par la loi.

43. — La nécessité d'un but licite dans le contrat de société a été proclamée de tous temps, d'abord par les jurisconsultes Romains, puis par nos anciens jurisconsultes :

« *Nec enim ulla societas maleficiorum.* »¹

« *Nec societas aut mandatum flagitiosæ rei ullas vires habet.* »²

« *Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem.* »³

« On ne peut, disait Domat, faire société que d'un commerce ou autre chose honnête et licite. »⁴

Pothier, énumérant les conditions essentielles à l'existence du contrat de société, indique comme quatrième condition la nécessité d'un objet licite :

« Enfin, dit-il, pour qu'un contrat de société soit valable, il faut que l'affaire qui fait l'objet de la société, et pour laquelle les parties contractantes s'associent, soit quelque chose de licite, et que le profit qu'elles se proposent de retirer soit un profit honnête. C'est pourquoi la convention par laquelle des personnes s'associeront ensemble pour faire un commerce de contrebande est nulle, aussi bien que celle par laquelle des personnes s'associeraient pour exercer l'usure, ou pour tenir un mauvais lieu, ou pour voler. »⁵

Treilhard, dans l'*Exposé des motifs* de notre titre, exprime les mêmes idées :

« Tout ce qui est licite est du domaine du contrat de société ; il ne se trouve de limites que dans une prohibition expresse de la loi. Ainsi on ne peut s'associer ni pour un

¹ L. 1, 14, ff., *De tutelæ et rat. dist.* (XXVII, III).

² L. 35, 2, ff., *De contrah. empt.* (XVIII, I).

³ L. 57, ff., *Pro socio* (XVII, II).

⁴ *Les Lois civiles*, Liv. I, Tit. VIII, Sect. I, § 11.

⁵ *Du Contrat de Société*, n° 14.

« commerce de contrebande, ni pour exercer des vols, ni
 « pour tenir un mauvais lieu, ni pour des manœuvres qui
 « tendraient à faire hausser le prix d'une denrée, ni enfin
 « pour aucun fait réprouvé par la loi ou par les bonnes
 « mœurs. »¹

Nous n'avons pas à insister sur le caractère d'ordre public de cette disposition de l'article 1833 : un texte spécial pour le contrat de société était même inutile, car la prohibition de contracter dans un but illicite ou immoral est écrite, comme nous venons de le dire, dans des textes généraux qui gouvernent tous les contrats, les articles 6, 1108 et 1133.

44. — Nous ne pouvons essayer de faire une énumération complète de tous les cas dans lesquels une société a été ou devait être annulée pour violation de l'article 1833 : la variété des tentatives faites pour poursuivre un but contraire à la loi ou à la morale est infinie ! Nous allons seulement indiquer, à titre d'exemples, un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la règle que nous exposons doit être appliquée.

On ne peut s'associer pour trafiquer des fonctions publiques ou des décorations, et la loi du 4 juillet 1889 n'a fait que donner une sanction pénale à des actes qui ont toujours été illicites, mais qui sont devenus un délit depuis cette loi, que la conscience publique réclamait.

La société ayant pour but la vente de remèdes secrets serait nulle,² puisque la vente de ces remèdes est prohibée.³

D'une manière générale, on doit déclarer nulle toute société qui se propose la négociation d'un objet qui n'est pas dans le commerce, cette société étant au premier chef illicite : nous devons donc nous référer aux explications que nous avons présentées, dans notre *Traité de la vente*, sur

¹ *Exposé des motifs au Corps législatif*, Fenet, XIV, p. 394.

² Tribunal de Châlons, 28 décembre 1866, sous Cassation, 16 mars 1869, Sirey, 69, I, 325.

³ Voir notre *Traité de la Vente*, I, n° 172.

les objets dont le trafic est interdit, soit par le Code, soit par des lois spéciales.¹

45. — On ne peut mettre en société un office ministériel, ni un emploi du gouvernement.

« Où donc en effet, dit très bien M. Demolombe, pourrait-
« être l'objet licite d'un tel contrat de société ? L'office lui-
« même ? Non sans doute. Et les produits ? Pas davantage !
« Car les produits ne pourraient être considérés que comme
« les résultats éventuels et les bénéfices de la société, et
« non pas comme son objet. Est-ce que, d'ailleurs, un con-
« trat pareil n'est pas une atteinte flagrante, nous ne di-
« rons pas seulement à la dignité de la fonction, mais en-
« core à la liberté et à l'indépendance que doit essentielle-
« ment garder le fonctionnaire dans sa charge ! Et peut-on
« bien tolérer cette intervention des tiers, venant lui de-
« mander compte, en vertu d'un pacte social, de la manière
« dont il l'a gérée ! »²

La jurisprudence nous fournit des applications très nombreuses, trop nombreuses, hélas ! au point de vue moral, de ces principes essentiels en matière de fonctions publiques et d'offices ministériels.

C'est ainsi que l'on a annulé avec raison le traité par lequel deux individus, candidats à un emploi du gouvernement, avaient stipulé le retrait de la candidature de l'un d'eux en faveur de l'autre, à condition que si celui-ci était nommé, il admettrait son ancien concurrent à partager avec lui les bénéfices de sa charge ;³ l'association pour l'exploit-

¹ Voir notre *Traité de la Vente*, n° 166 et suiv.

² *Cours de Code civil*, XXIV, n° 338. — Sic, Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 89 et suiv.; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 59 et suiv.; Larombière, *Des Obligations*, I, article 1128, n° 18; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 45; Laurent, XXVI, n° 157 et suiv.; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 72; Aubry et Rau, IV, § 378, texte et note 4, p. 550.

³ Lyon, 12 janvier 1822, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v° *Société*, n° 159.

tation d'une charge de notaire,¹ d'avoué,² d'huissier,³ de courtier maritime,⁴ etc... ; le traité fait entre un huissier et un adjudicataire de créances, et par lequel l'huissier se charge de recouvrer tout un lot de créances acheté dans une faillite, en recevant comme émoluments une quote-part de l'actif des créances réellement recouvrées.⁵

46. — Une exception doit être apportée à la règle qui prohibe l'association en matière d'offices ministériels, à propos des agents de change.

Les agents de change sont des officiers ministériels comme d'autres. Vainement une opinion avait essayé de soutenir la légalité des traités très fréquents par lesquels ceux-ci, en achetant leur charge, s'associaient des bailleurs de fonds intéressés, participant aux bénéfices et aux pertes résultant de l'exploitation du fonds, ainsi qu'au changement de valeur de l'office au moment de sa revente.⁶ Cette opinion avait été repoussée avec raison par la jurisprudence, qui déclarait ces sociétés nulles comme ayant un but illicite, par application de l'article 1833.⁷

¹ Paris, 31 janvier et 15 février 1840, Sirey, 40, II, 81 ; Lyon, 29 juin 1849, Dalloz, 50, II, 155 ; Cassation, 15 janvier 1855, Sirey, 55, I, 257, et Dalloz, 55, I, 5.

² Tribunal de Nantes, 9 mai 1839, Sirey, 39, II, 434 ; Rennes, 28 août 1841, Sirey, 41, II, 495.

³ Riom, 3 août 1841, Sirey, 41, II, 492 ; Cassation, 9 février 1852, Sirey, 52, I, 190, et Dalloz, 52, I, 70 ; Paris, 4 février 1854, Sirey, 54, II, 148, et Dalloz, 54, II, 149 ; Toulouse, 18 janvier 1866, Sirey, 66, II, 107, et Dalloz, 66, II, 6.

⁴ Bordeaux, 8 juin 1853, Dalloz, 53, II, 109 ; Rennes, 19 janvier 1881, Sirey, 81, II, 181, et Dalloz, 81, II, 104. — *Voir* toutefois Alger, 26 juillet 1860, Sirey, 61, II, 61, et Dalloz, 60, II, 181.

⁵ Cassation, 10 janvier 1865, Sirey, 65, I, 110, et Dalloz, 65, I, 290.

⁶ Mollot, *Des Bourses de commerce*, n° 412 ; Malepeyre et Jourdain, *Des Sociétés commerciales*, p. 5. — *Sic*, Paris, 15 juin 1850, Sirey, 50, II, 433, et Dalloz, 51, II, 113.

⁷ Cassation, 24 août 1841, Sirey, 42, I, 69 ; Cassation, 2 juillet 1861, Sirey, 61, I, 717, et Dalloz, 61, I, 440.

Mais alors est intervenue la loi du 2 juillet 1862 : cette loi a autorisé les agents de change près les bourses pourvues d'un parquet à s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés, qui participeront aux produits et à la liquidation de la charge pour laquelle ils ont fourni des fonds.

47. — Un officier ministériel peut-il donner à ses clercs une part dans les bénéfices de son office, soit comme traitement, soit comme rémunération supplémentaire ? Nous avons dit qu'une pareille convention ne constituerait pas, en général, une société, mais un louage de services, parce que la situation inférieure et subordonnée de l'employé participant était incompatible avec les droits d'un associé : ¹ faut-il en conclure que cette convention est licite ?

On admet, en général, l'affirmative.

« On ne voit pas, dit M. Pont, ce qui légalement peut
« faire obstacle à ce que les parties conviennent qu'au lieu
« de se traduire en un traitement fixe et déterminé, l'indem-
« nité représentative des soins et du travail des collabora-
« teurs consistera dans une part des bénéfices.² »

« Rien ne s'oppose, dit de son côté M. Demolombe, à
« ce qu'un officier ministériel s'oblige envers un collabo-
« rateur, un clerc, un commis, à le rémunérer au moyen
« de l'abandon d'une certaine partie des produits de sa
« charge. Mais précisément ce collaborateur ne sera pas
« un associé : il sera toujours un clerc, un commis, un
« employé ; car c'est un point constant aujourd'hui que ce
« mode de rémunération ne change pas son titre, et que le
« maître n'en peut pas moins le congédier, quand bon lui
« semble ; donc il n'y a là, de la part du maître, et, dans
« notre hypothèse, de la part du titulaire de l'office, aucune
« atteinte à sa dignité ni à sa liberté. »³

Enfin MM. Lyon-Caen et Renault s'expriment dans les termes suivants :

¹ *Suprà*, n° 14.

² *Du Contrat de Société*, n° 45.

³ *Cours de Code civil*, XXIV, n° 338.

« Rien n'empêche un officier ministériel quelconque
 « d'accorder à des employés des parts dans ses bénéfices.
 « Comme cela a été dit plus haut, il n'y a pas là une so-
 « ciété, mais un louage de services avec une rémunération
 « aléatoire : cette convention laisse au titulaire de l'office
 « toute son indépendance et toute sa responsabilité. »¹

Ce système a été admis par un arrêt de la cour de Riom.²

Malgré l'autorité des défenseurs de ce système, nous croyons, avec M. Laurent, qu'il faut le rejeter, et que l'on doit proclamer la nullité de pareils traités.

« C'est, dit M. Laurent, précisément à raison des abus
 « presque inévitables auxquels donnent lieu ces associations
 « qu'elles sont contraires à l'ordre public : elles introdui-
 « sent l'esprit de trafic, de spéculation, disons le mot, de
 « cupidité dans l'exercice d'un ministère qui ne doit avoir
 « en vue que le strict accomplissement de fonctions qui
 « éclairent la justice et qui, par suite, ne doivent avoir
 « d'autre mobile que le sentiment du devoir. »³

Nous croyons aussi que ces abus sont presque inévitables dans des conventions de ce genre, et que par suite elles doivent être annulées comme contraires à l'ordre public.

Il n'y a pas de contrat de société entre l'officier ministériel et son clerc, nous le reconnaissons : mais ce contrat, quel qu'il soit, louage de services ou société, doit avoir un *but licite*, en vertu des articles 1408 et 1433, dont l'article 1833 n'est qu'une application ; et nous considérons comme illicite toute participation aux produits d'un office ministériel par les motifs suivants.

Sans doute il n'est pas défendu à l'officier ministériel de chercher, dans l'exercice de sa profession, un salaire légitime, et M. Laurent lui demande trop en lui demandant « de n'avoir en vue que le strict accomplissement de fonctions qui éclairent la justice » ; mais il doit avant tout se

¹ *Traité de droit commercial*, II, n° 72.

² Riom, 22 juillet 1842, Sirey, 42, II, 476.

³ XXVI, n° 160.

préoccuper de remplir honorablement sa fonction, de se conformer scrupuleusement aux règles et aux traditions de sa corporation, et il sera soutenu dans cette tâche par un double sentiment : celui de sa dignité et celui de sa responsabilité.

Mettez à côté de lui, comme principal clerc par exemple, et c'est l'hypothèse de l'arrêt de Riom, un employé qui devra prendre pour lui la moitié des produits nets de l'étude : tout va changer, et les règles de la profession, les traditions de la corporation feront place dans l'étude à un mobile unique, la recherche du gain. Rien n'arrêtera dans cette poursuite l'employé intéressé, ni la dignité d'une fonction qui n'est pas la sienne, ni la responsabilité qui ne pèse pas sur lui : tout lui sera bon, course aux affaires, détournement de clientèle, etc...

Ajoutons que si la convention est licite, elle deviendra assez fréquente, et l'emploi de principal clerc, participant aux bénéfices, sera souvent tenu par des gens peu scrupuleux, officiers ministériels révoqués ou contraints de donner leur démission, agents d'affaires tarés. Le titulaire n'apportera à l'étude que son nom et sa présence, dans les cas où elle sera obligatoire, le principal clerc gèrera en fait l'étude, au grand détriment de la bonne administration de la justice et des intérêts de la clientèle qui aura été, pour son malheur, amenée dans une étude de ce genre.

Aussi croyons-nous tout à fait au caractère illicite d'une convention de ce genre, bien qu'elle ne soit pas une société.

48. — Nous croyons aussi, contrairement à une opinion très accréditée en doctrine,¹ et confirmée par la décision d'un arrêt de Toulouse², qu'il faut tenir pour illicite le traité par lequel un officier ministériel, un notaire par exemple, céderait son étude en stipulant que le prix consistera en

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 96 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 59 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 45.

² Toulouse, 14 novembre 1835, Sirey, 36, II, 155.

une quote-part des produits de l'étude pendant un certain nombre d'années.

« La convention est incontestablement licite et valable, « dit M. Pont, et notre question ne se pose même pas. C'est « en effet un contrat de vente, non un contrat de société. « Il y a là un vendeur et un acheteur, un vendeur, créan- « cier du prix; un acheteur, débiteur de ce prix. Il n'y a « ni fonds social, ni action commune : la participation aux « bénéfices ou aux produits de la charge est un mode de « paiement, et nullement la jouissance d'un droit direct de « société. La conséquence importante qui s'induit de là, « c'est que, dans cette situation, le vendeur, simple créan- « cier, ne pourrait toucher la part à lui faite dans les pro- « fits ou produits qu'en concurrence et par contribution « avec tous les autres créanciers du titulaire, lequel ne « laisse pas d'être libre dans sa gestion et seul maître de « sa charge. »¹

Tout nous paraît contestable dans la proposition émise par M. Pont.

Il n'y a qu'un point sur lequel nous sommes d'accord avec lui : c'est que la convention ne constitue pas une société, mais une cession d'office, et que la part de produits que touchera le cédant devra être assimilée à un prix de vente, et non aux bénéfices auxquels a droit un associé.

Mais, à part cette différence purement juridique dans la nature du contrat, tous les inconvénients de fait qui naissent de l'association en matière d'offices ministériels se produiront : il y aura un tiers intéressé aux bénéfices de l'étude, investi par suite d'une manière implicite d'un pouvoir de contrôle et d'immixtion dans le fonctionnement de l'office, et qui aura le droit de discuter avec le titulaire la manière dont celui-ci gèrera sa charge. Est-ce qu'il n'est pas tout à fait contraire à l'intérêt social que les offices ministériels soient gérés de cette manière et dans cet esprit ?

¹ Pont, *Op. et loc. citat.*

Si les inconvénients sont les mêmes que dans une société véritable créée à propos d'un office ministériel, le contrat doit être prohibé au même titre.¹

Nous croyons d'ailleurs que ce résultat sera obtenu dans la pratique, quelles que soient les dissidences de la doctrine et de la jurisprudence. En effet, la chancellerie, à laquelle doivent être soumis tous les traités en matière de cession d'office,² n'acceptera pas de stipulations de ce genre; et, comme toute contre-lettre à propos de cession d'office est frappée de nullité, la clause par laquelle le précédent titulaire se réserverait une part des produits de l'étude ne pourra trouver place ni dans le traité ostensible, car il ne serait pas autorisé, ni dans un traité secret, qui serait nul comme toute contre-lettre en cette matière.

49. — Les idées que nous venons d'exprimer nous conduisent encore à déclarer nul le traité qui interviendrait entre un avoué et un agréé au tribunal de commerce, ou entre un avoué et un huissier, dans le but de poursuivre réciproquement, chacun dans la sphère de ses attributions, les affaires qui leur seraient confiées.

« Peut-on permettre, dit très bien M. Laurent, à des officiers ministériels ou à des agréés de considérer l'accomplissement de leur ministère comme un trafic ? Rien de plus légitime pour un commerçant que d'étendre le nombre de ses affaires ; l'Etat est intéressé à l'augmentation de la richesse individuelle autant que les particuliers, et le gain est l'âme du commerce. Qui oserait en dire autant des procès?... Ecartons donc des ministères que se lient à la distribution de la justice toute idée de commerce ; autoriser la spéculation sur les procès, ce serait vicier la justice dans sa source, en altérant le sens moral de ceux qui y concourent. »³

Ces motifs nous paraissent décisifs : du moment où un

¹ Sic, Décision ministérielle du 3 février 1837, Sirey, 38, II, 48.

² Voir notre *Traité de la Vente*, I, n° 444.

³ XXVI, n° 158.

contrat, quel qu'il soit, et nous ne recherchons même pas si celui que nous examinons réunit les éléments du contrat de société, a pour but une spéculation faite par des officiers ministériels à propos de procès, il présente un danger social et il doit être annulé comme reposant sur une cause illicite.¹

50. — Un tiers et un notaire ne peuvent s'associer pour l'acquisition en gros et la revente en détail d'immeubles, et cela pour des motifs également décisifs l'un et l'autre. En premier lieu, la loi du 25 ventôse an XI interdit aux notaires de recevoir des actes dans lesquels ils sont personnellement intéressés, et ce premier motif suffirait pour donner un caractère illicite à cette association. En second lieu, l'article 12 de l'ordonnance du 4 janvier 1843 interdit aux notaires de faire des spéculations sur les immeubles, de sorte que, à ce point de vue encore, le but de cette association est illégal.²

51. — Des considérations d'ordre public d'une autre nature, mais qui ne présentent pas moins de gravité, doivent faire annuler toute société entre un pharmacien et des tiers, particulièrement un médecin, pour l'exploitation de son officine de pharmacie. Les règlements sur l'exercice de la profession de pharmacien, inspirés par de justes préoccupations de la santé publique, interdisent à toute personne qui n'a pas le titre légal de pharmacien de gérer une officine de pharmacie : il en résulte que toute convention par laquelle le pharmacien s'associe un tiers pour l'exploitation de sa pharmacie donne à ce tiers un droit d'immixtion dans la gestion de l'officine, et contrevient dès lors aux lois qui réglementent l'exercice de la profession de pharmacien. Le danger est encore plus grand, comme le fait remarquer M. Laurent, si l'associé est un médecin, que

¹ *Contrà*, Cassation, 13 janvier 1835, Sirey, 35, I, 17.

² Dijon, 25 juin 1884, sous Cassation, 14 mai 1888, Sirey, 89, I, 12; Besançon, 9 janvier 1889, Dalloz, 90, II, 19.

l'on s'expose à placer entre son devoir médical et l'intérêt de l'officine à la prospérité de laquelle il est associé.¹

52. — Il importe toutefois de restreindre aux charges publiques, ou aux professions constituées en monopole intéressant l'ordre public, comme la profession de pharmacien, la prohibition de contracter une société entre le titulaire et un tiers ; mais, s'il s'agit de charges créées uniquement dans un but pécuniaire, dont le monopole ne résulte que d'une réglementation d'ordre privé, il n'est nullement interdit au titulaire de s'associer un tiers.

C'est ainsi que l'on a jugé avec raison que les fonctions de *facteur à la halle* n'ont jamais constitué une charge publique, mais seulement une agence de commission, et que dès lors le facteur peut valablement contracter une société avec un tiers.²

53. — Nous pouvons citer encore, à titre d'exemple d'associations prohibées, à raison du but illicite en vue duquel elles sont fondées, les sociétés créées pour faire la négociation de valeurs réservées aux agents de change par l'article 76 du Code de commerce ;³ l'association faite entre un fournisseur et un adjudant d'administration des bureaux de l'intendance, et cela même si cette association ne tombe pas sous le coup de la loi pénale ;⁴ la convention formée entre plusieurs personnes pour que des biens mis en adjudication publique ne dépassent pas un certain prix ;⁵ les sociétés établies pour faire la contrebande en France,⁶

¹ Paris, 27 mars 1862, Sirey, 62, II, 381, et Dalloz, 62, II, 105 ; Paris, 31 mai 1866, Sirey, 67, II, 49. — Laurent, XXVI, n° 162.

² Paris, 5 mars 1881, Sirey, 81, II, 130 ; Dalloz, 82, II, 39 ; et *France Judiciaire*, 1880-1881, 394.

³ Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 69.

⁴ Aix, 22 juin 1878, Sirey, 79, II, 19.

⁵ Cassation, 23 avril 1834, Sirey, 34, I, 746. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 41 ; Laurent, XXVI, n° 161.

⁶ Paris, 18 février 1837, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v° *Société*, n° 150 et 173. — Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 14 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, n° 86 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 30 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 43.

pour frauder les droits du Trésor ou des caisses municipales,¹ pour établir en France une maison de jeu.²

5-1. — Peut-on fonder une société pour faire la contrebande à l'étranger, ou pour y exploiter une maison de jeu ?

Oui, d'après une opinion.

« La question, dit M. Larombière, est de savoir si, au
 « point de vue de l'isolement et de l'indépendance de notre
 « nationalité, on viole les lois de la France par un trafic in-
 « terlope. Or, il appartient à chaque peuple de se suffire à
 « lui-même pour l'exécution de ses lois de police particu-
 « lière. Les autres Etats n'ont que faire à s'immiscer dans
 « une police qui ne les touche pas, qui ne les regarde pas.
 « Ce serait peut-être un heureux progrès dans les relations
 « internationales que chaque gouvernement fit des lois, non
 « seulement pour empêcher la contrebande chez lui, mais
 « encore pour réprimer le commerce interlope exercé au
 « préjudice des nations amies. Mais il n'appartient qu'à la
 « diplomatie de préparer ces modifications et de les intro-
 « duire dans le droit des gens ; jusque là, la contrebande à
 « l'étranger nous paraît une cause licite de contrat, que
 « nos lois ne prévoient ni ne répriment, que nos mœurs
 « même approuvent comme exercice de légitimes repré-
 « sailles.

« Deux Français peuvent donc valablement s'associer
 « pour exercer la contrebande envers un peuple étranger.
 « La société nous paraît même également valable, fût-elle
 « contractée entre un Français et l'un des sujets de l'Etat
 « au préjudice duquel la contrebande doit se faire. L'asso-
 « cié étranger peut commettre un délit à l'égard des lois de
 « son pays, il n'en commet aucun aux yeux des lois fran-
 « çaises.

« Nous pensons de même qu'une société formée entre
 « Français, en pays étranger, pour l'exploitation d'une mai-

¹ Limoges, 18 août 1879, Sirey, 79, II, 248, et Dalloz, 80, II, 131 ; Cassation, 8 novembre 1880, Sirey, 81, I, 248, et Dalloz, 81, I, 115.

² Cassation, 16 août 1864, Sirey, 65, I, 23.

« son de jeu dans un pays qui tolère ou autorise de semblables établissements, est licite et peut donner lieu à des actions régulières, même devant les tribunaux français. L'ordre public et les bonnes mœurs en France n'y sont nullement intéressés. La justice française ne saurait donc, en se fondant sur notre législation particulière, se montrer plus sévère que les tribunaux étrangers. »¹

Il nous est impossible d'admettre cette opinion.

Sans doute, au point de vue *pénal*, la contrebande à l'étranger ne constitue pas un délit aux yeux de la loi française, et M. Larombière a raison de dire que, dans l'état actuel de la législation internationale, il appartient à chaque peuple de se suffire à lui-même pour l'exécution de ses lois de police particulière.

Nous reconnaissons encore que, même au point de vue civil, une société formée pour la contrebande à l'étranger n'est point *illicite*, car la loi française n'a point à prévoir et ne prévoit que les contrats formés par des nationaux en violation de la loi étrangère. C'est affaire à la loi étrangère d'annuler les conventions contraires à ses prescriptions.

Mais nous croyons, contrairement à l'opinion de l'éminent jurisconsulte, que de pareilles associations, si elles ne sont pas *illicites* en France, y sont *immorales*, et qu'elles doivent à ce titre tomber sous le coup de l'article 1833. Nous considérons, en effet, comme immorale une association créée pour faire fraude aux lois d'un pays ami, et nous ne comprenons pas comment la justice française pourrait sanctionner de pareils traités, répartir les bénéfices entre les associés, fixer le chiffre des dépenses par chaque « exercice », etc. . .

Nous ne voulons d'ailleurs d'autre preuve du caractère immoral en tous lieux d'une pareille association que la distinction faite par l'arrêt de cassation du 25 août 1835 : la

¹ *Des Obligations*, I, article 1133, n° 41. — *Sic*, Cassation, 25 août 1835, Sirey, 35, I, 673 ; Paris, 22 février 1849, Sirey, 49, II, 144. — Aubry et Rau, IV, § 378, et note 7, p. 550.

société formée pour pratiquer la contrebande en pays étranger serait licite, si le but était de faire la contrebande en *trompant* les employés des douanes de l'Etat où elle serait pratiquée, mais elle serait illicite si on se proposait d'acheter *leur connivence* ! Si le but final, l'exercice de la contrebande à l'étranger, n'est pas immoral en France, nous ne voyons pas bien comment le moyen employé, l'achat de la connivence des douaniers, rendrait le but de la société immoral. Il est difficile d'ailleurs de faire la contrebande sans acheter quelqu'un, sinon l'employé chargé de surveiller le passage, au moins l'aubergiste chez lequel on descend, le guide qui montre les chemins les moins fréquentés, etc..., et tout ce système nécessaire de fraudes dans le but de violer les lois d'un pays ami nous paraît immoral au premier chef.

Ajoutons qu'au point de vue international le système que nous proposons est aussi utile aux intérêts français qu'aux intérêts étrangers, car si la jurisprudence française proclame la validité des sociétés créées pour faire la contrebande à l'étranger, les tribunaux étrangers, dans un esprit de rétorsion légitime, n'hésiteront pas à valider les sociétés créées pour faire la contrebande en France ; tandis qu'il est à espérer que, en s'appuyant sur les vrais principes et en proclamant fermement l'immoralité de pareilles sociétés, cette thèse finira par triompher dans la jurisprudence internationale.

Les mêmes motifs doivent faire admettre une solution identique pour les sociétés créées pour l'établissement de maisons de jeu à l'étranger, lorsque ces maisons de jeu sont prohibées par la législation de l'Etat où on veut les établir.

Mais nous croyons qu'il faut aller plus loin, et déclarer ces associations nulles comme contraires à la morale, même si elles sont établies dans un pays qui permet ou tolère de semblables institutions.

Les engagements pris au jeu ne sont pas reconnus en France, non pas par une défense arbitraire de notre légis-

lation positive, mais parce que de tels engagements sont contraires aux lois éternelles et universelles de la morale :

« Que font, dit Portalis, deux joueurs qui traitent en-
 « semble ? Ils se promettent respectivement une somme
 « déterminée dont ils laissent la disposition à l'aveugle
 « arbitrage du hasard. Où est donc la cause de l'engage-
 « ment ? On n'en voit aucune. Le désir et l'espoir du gain
 « sont pour chaque partie les seuls mobiles du contrat. Ce
 « désir et cet espoir ne s'attachent à aucune action ; ils ne
 « supposent aucune réciprocité de services : chaque joueur
 « n'espère que de sa fortune, et ne se repose que sur le
 « malheur d'autrui... On ne peut donc trouver dans les
 « promesses et les contrats dont nous parlons une cause
 « capable de les rendre vraiment obligatoires.

« Si le jeu n'était pas déjà réputé mauvais par sa na-
 « ture, il faudrait encore le réprouver par rapport à ses
 « suites. Quelle faveur peuvent obtenir auprès des lois les
 « obligations et les promesses que le jeu produit, que la
 « raison condamne, et que l'équité désavoue ? Ignore-t-on
 « que le jeu favorise l'oisiveté, en séparant l'idée du gain
 « de celle du travail, et qu'il dispose les âmes à la dureté,
 « à l'égoïsme le plus atroce ? Ignore-t-on les révolutions
 « subites qu'il produit dans le patrimoine des familles par-
 « ticulières, au détriment des mœurs publiques et de la
 « société générale ? »¹

Si telle est l'immoralité du jeu, et malheureusement le tableau n'est que trop exact, combien ne doit-on pas considérer comme plus immoral encore l'établissement de maisons de jeu, qui sont créées pour spéculer sur les passions d'autrui ? Et si ces créations sont immorales en France, comment ne le seraient-elles pas en Italie ou en Espagne ? La morale ne connaît pas de frontières, et les tribunaux français ne peuvent pas, à notre avis, proclamer l'immora-

¹ *Exposé des motifs* du Titre XII du Livre II du Code civil, Fenet, XIV, p. 539-540.

lité de tels établissements créés chez nous, et reconnaître leur moralité en pays étranger, par le motif que la législation positive de ce pays, dans un but de spéculation peu recommandable, les tolérerait ou même les autoriserait.¹

55. — Une société peut-elle avoir pour objet *les obligations d'une société anonyme*, que les porteurs mettraient en commun pour la défense de leurs intérêts, ou pour la réalisation de l'hypothèque collective qui leur a été promise au moment de l'émission ?

Pour notre part, nous ne le croyons pas. En effet, une pareille association n'a d'autre but que la défense collective des prétendus associés ; les porteurs d'obligations ne cherchent point à faire un bénéfice au moyen d'apports mis en commun, ils cherchent à éviter une perte ; et nous avons dit qu'il ne peut y avoir société, d'après les règles de ce contrat sous l'empire du Code civil, que si les contractants se sont proposé de faire un gain.²

Aussi croyons-nous qu'un tel contrat n'est point une société, comme nous l'avons décidé dans des espèces analogues,³ mais qu'il n'en est pas moins valable, comme convention innommée, et en vertu du principe de la liberté des conventions.

C'est du reste en ce sens que la Cour de cassation paraît s'être prononcée dans un arrêt récent :

« Attendu que rien ne s'oppose à ce que les souscripteurs
« d'un emprunt émis sous la forme d'obligations au por-
« teur ou nominatives s'associent, soit pour la défense de
« leurs intérêts, soit pour la réalisation de l'hypothèque
« collective qui leur a été promise au moment de l'é-
« mission ;

¹ Paris, 31 mars 1849, Sirey, 49, II, 464, et Dalloz, 49, II, 214. — Pothier, *Du Contrat d'assurance*, n° 58 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n°s 43-44 ; Brocher, *Cours de droit international privé*, II, n° 160 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n°s 70-71.

² *Suprà*, n°s 66 et suiv.

³ *Suprà*, n° 69.

« Que, sans avoir à rechercher si cette association pré-
 « sente tous les caractères d'une société civile proprement
 « dite, l'acte qui l'a créée confère tout au moins valablement
 « à son directeur le mandat de représenter ses associés
 « dans les limites de l'intérêt mis en commun ; qu'une pa-
 « reille association ne constituant d'ailleurs, dans aucun
 « cas, une personne morale, et n'ayant pas d'individualité
 « distincte de celle des membres qui la composent, les
 « droits qui naissent des opérations ou négociations en
 « vue desquelles elle a été constituée profitent directement
 « à ces derniers. »¹

56. — Lorsqu'une société est annulée à raison du caractè-
 re illicite de son objet, quelles vont être les conséquences de
 cette nullité ? La question se pose sous deux aspects, entre
 les parties contractantes, et à l'égard des tiers.

Entre les parties contractantes, la déclaration du caractè-
 re illicite de la société peut, suivant les cas, produire un
 premier effet, celui d'entraîner contre les associés des pour-
 suites pénales. Nous nous bornons à signaler cette consé-
 quence possible du caractère illicite de la société, mais
 l'étude de ses effets appartient au droit pénal.²

Au point de vue civil, les effets de la nullité entre les
 parties contractantes font naître plusieurs questions : quel
 est l'effet de la nullité, soit pour le passé, soit pour l'avenir ?
 Si des apports ont été faits, l'associé qui les a faits peut-il
 les réclamer ? Si des bénéfices ont été réalisés, ou des per-
 tes subies, l'un des contractants peut-il demander sa part
 des bénéfices, ou celui qui a payé le passif peut-il exiger la
 part de ses associés dans les pertes ?

¹ Cassation, 3 décembre 1889, Dalloz, 90, I, 105. — *Compar.*
 Aix, 8 avril 1878, Sirey, 79, II, 313 ; Paris, 7 août 1880, Sirey, 81,
 II, 93 ; Cassation, 27 juin 1881, Sirey, 83, I, 218 ; Tribunal de la
 Seine, 15 juin 1887, *France Judiciaire*, 87, 353 ; Bourges, 8 mars
 1888, *Pandectes françaises*, 88, II, 161. — Pont, *Du Contrat de*
Société, n° 61.

² Voir Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, I,
 n° 89 et suiv.

La solution de ces diverses questions découle, à notre avis, d'un principe unique : la société annulée pour cause illicite est nulle d'une nullité de non existence, nullité basée sur des motifs d'ordre public ; cette société n'existe pas aux yeux de la loi, et toute action qui, de près ou de loin, prend sa source dans le pacte social annulé devra être refusée aux parties contractantes. C'est l'application au contrat de société du principe écrit dans l'article 1131 pour toute obligation fondée sur une cause illicite : « L'obligation « sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause « illicite, ne peut avoir aucun effet. »

La première conséquence qui découle de cette idée est que, pour l'avenir, le contrat de société est complètement dépourvu d'effet, et qu'aucune des parties ne pourra demander à l'autre l'exécution d'une clause quelconque de ce contrat, le versement des apports, etc... Le contrat est annulé, il ne peut désormais produire aucun effet.

Pour le passé, si la société n'a pas encore fonctionné, s'il n'y a eu ni apports faits, ni bénéfices réalisés ou pertes subies, il n'y a aucune difficulté : chaque partie restera dans l'état où elle était avant le contrat et conservera l'apport qu'elle avait promis, et qu'elle n'a pas réalisé. Mais que décider si la société a fonctionné, s'il y a eu des pertes ou des bénéfices, et si les associés ont fait des apports : pourront-ils avoir action pour le partage des pertes ou des bénéfices, ou pour la restitution des apports ?

Nous allons examiner cet aspect de la question d'abord au point de vue de la répartition des pertes ou des bénéfices, puis au point de vue de la restitution des apports.

57. — Au point de vue des bénéfices et des pertes, signalons, avant d'aborder la discussion de la question, la solution donnée par le Code civil Espagnol de 1888-1889, dans son article 1666 :

« Lorsque la société est illicite, les bénéfiques, lors de sa « dissolution, sont affectés aux établissements de bienfaisance

« du lieu où elle avait son domicile, et, à défaut, de la « province. »¹

Cette solution de la nouvelle loi espagnole est loin, à notre avis, d'être satisfaisante : à quel titre en effet attribue-t-on à l'Etat les bénéfices réalisés par des associés qui, tout illicite que soit le contrat par eux formé, ne méritent pas la confiscation de ce qu'ils ont gagné ? La confiscation est une peine grave, heureusement restreinte, par nos législations modernes, à des hypothèses très rares ; et il est regrettable, à notre avis, de la voir établir par le nouveau Code Espagnol dans des cas où souvent même il n'y aura pas de délit, mais seulement une association dont l'objet n'est pas reconnu par la loi civile.

Notre législation française ne contient, nous le constatons avec plaisir, aucune disposition analogue, et l'unique question est de savoir comment les bénéfices ou les pertes seront répartis entre les associés.

Il faut écarter d'abord l'hypothèse dans laquelle les bénéfices ou les pertes ont été l'objet de répartitions entre les associés pendant la durée de la société. Une fois la nullité prononcée, un des associés ne peut revenir contre ces répartitions, car son action aurait pour base l'existence du pacte social, et ce pacte ne peut donner lieu à aucune action en justice : aussi reconnaît-on unanimement que ces répartitions devront être maintenues, eussent-elles été faites contrairement aux dispositions de l'acte de société.

Mais que décider si aucune répartition n'a eu lieu, et que les bénéfices soient restés dans la possession de l'associé qui administrait la société : les autres associés pourront-ils lui en demander leur part ?

Une opinion soutient l'affirmative, par les motifs suivants. Les parties sont également en faute, et il est immoral que l'une d'elles, celle que le hasard ou l'exécution des clauses

¹ Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, II, p. 303 ; Levé, *Code civil espagnol*, p. 315.

du contrat de société a mise en possession des bénéfices réalisés, puisse se les approprier. Ce résultat n'est pas seulement immoral, il est contraire aux dispositions de l'article 1131, car le contrat illicite ne devant avoir aucun effet, il ne doit pas produire cet effet très important d'assurer tous les bénéfices à l'un de ceux qui ont violé la loi. On doit donc donner aux associés l'action en partage. Que l'on n'objecte pas que cette action est fondée sur un acte de société qui ne peut produire effet, car ce n'est pas sur la société qu'elle est fondée, mais sur la communauté de fait qui a existé entre les associés : la société est annulée, soit, mais on ne peut pas effacer l'état de communauté qui a existé entre les parties, et cet état suffit pour légitimer l'action en partage qui leur est donnée.¹

Nous ne pouvons admettre cette opinion.

La société fondée sur une cause illicite est absolument nulle ; elle ne peut produire effet, d'après l'article 1131 ; la conséquence nécessaire, selon nous, est qu'elle ne peut donner lieu à aucune action en justice fondée sur les clauses de l'acte de société ou sur le fonctionnement de la société. Or l'associé qui réclame de son associé le partage des bénéfices invoque sinon l'acte de société, au moins l'existence même de la société ; il devra exposer, dans son exploit introductif d'instance, qu'il a existé entre les parties une association, que cette association a produit des bénéfices, et qu'il y a lieu de les partager, toutes choses que les tribunaux ne peuvent entendre : *nulla est doli communicatio*. Voit-on où conduirait, par exemple, un débat devant

¹ Cassation, 24 août 1841, Sirey, 42, I, 68 ; Lyon, 9 décembre 1850, Sirey, 50, II, 634, et Dalloz, 51, II, 10 ; Cassation, 15 décembre 1851, Sirey, 52, I, 21, et Dalloz, 52, I, 71 ; Paris, 10 mai 1860, Sirey, 60, II, 465, et Dalloz, 60, II, 89 ; Paris, 17 mars 1862, Sirey, 62, II, 381, et Dalloz, 62, II, 105 ; Cassation, 13 mai 1862, Sirey, 62, I, 825, et Dalloz, 62, I, 338 ; Cassation, 7 février 1865, Sirey, 65, I, 235, et Dalloz, 65, I, 289 ; Cassation, 15 novembre 1876, Sirey, 77, I, 409, et Dalloz, 77, I, 70. — Laurent, XXVI, n° 166-168.

les tribunaux sur la répartition des bénéfices produits par une association fondée pour l'exploitation d'une maison de tolérance, ou pour la pratique de la contrebande !

Il est immoral, dit-on, que l'associé qui se trouve détenteur des bénéfices illégalement acquis par lui comme par ses co-associés puisse les garder : soit, mais ce résultat ne blesse que l'intérêt privé, peu recommandable aussi, des autres associés, tandis que le débat public sur le fonctionnement de la société, la nécessité où se trouveraient les tribunaux de statuer sur les résultats de telles associations, blesserait l'ordre public. Voilà pourquoi, à notre avis, toute action de ce genre doit être interdite.¹

58. — La solution que nous venons de donner à propos des bénéfices et des pertes, pour lesquels nous refusons toute action en partage, peut-elle se concilier avec le droit pour les associés de réclamer leur apport, déduction faite des pertes, lorsque cet apport a été réalisé ? Pour notre part, nous le croyons, et nous pensons qu'il n'y a pas d'inconséquence à refuser l'action dans un cas, et à l'accorder dans l'autre.

Tel n'est pas l'avis de M. Laurent ; d'après lui, les deux solutions se tiennent, et, si l'on n'accepte pas le partage des bénéfices, on doit repousser l'action en reprise des apports :

« La distinction que l'on fait, dit-il, entre les bénéfices et les mises est plus subtile que vraie ; quand la société est assimilée au néant, il ne peut pas plus y avoir d'apports que de bénéfices ; il ne reste qu'un fait, celui de la communauté ; ce fait donne lieu à des actions. »²

¹ Paris, 4 février 1854, Sirey, 54, II, 148, et Dalloz, 54, II, 149 ; Cassation, 10 janvier 1865, Dalloz, 65, I, 290 ; Dijon, 25 juin 1884, Journal *La Loi* du 9 février 1889. — Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 36 ; Duranton, XVII, n° 327 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, nos 99-102 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, nos 25 et suiv. ; Aubry et Rau, IV, § 378, texte et note 8, p. 551 ; Pont, *Du Contrat de Société*, nos 54-57 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 74.

² XXVI, n° 166.

Partant de cette idée, les jurisconsultes romains paraissent avoir refusé toute action en répétition dans les contrats dont la cause est illicite :

« *Dixi cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare conditionem, et in delicto pari potioem esse possessorem.* »¹

Cette opinion est défendue, à propos de la société dont la cause est illicite, par des jurisconsultes autorisés.

L'apport dont la restitution est réclamée a eu pour cause, disent-ils, un contrat illicite, et les tribunaux ne peuvent pas plus connaître de cette action que d'une action en partage des bénéfices. Si l'on objecte que cette action repose non pas sur l'existence de la société, mais précisément sur sa nullité, ces auteurs répondent qu'il est impossible de tenir la société pour non avenue, car les faits accomplis ne peuvent être détruits, *facta pro infectis haberi non possunt*. Il faut que l'associé demandeur reconnaisse qu'il agit à raison du versement fait par lui dans une société dont la cause est illicite, et cela suffit pour faire repousser son action.²

Nous croyons qu'on doit rejeter cette opinion par les motifs suivants.

L'action en partage des bénéfices a pour but le fonctionnement même de la société dont la cause est illicite. L'associé demandeur est obligé de tenir le langage suivant : nous avons été associés pour la contrebande, pour la vente de marchandises prohibées, et nous avons fait des bénéfices, partageons-les. Son action repose donc nécessairement, qu'il le dise ou non, sur des opérations illicites, et voilà pourquoi nous avons pensé qu'elle ne pouvait se produire en justice.

Toute autre est la nature de l'action par laquelle l'associé réclame la restitution de l'apport qu'il a versé : il invoque pour agir, non pas le fonctionnement de la société, non

¹ L. 5, ff., *De conditione sine causâ* (XII, I).

² Delamarre et Lepoitvin, *Du Contrat de Commission*, I, n° 65 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 105.

pas l'existence d'une communauté de fait, que l'on ne peut pas substituer après coup, nous le reconnaissons, à une société illégale ; mais il invoque précisément ce qui a été jugé, la nullité de la société, et, se fondant sur le principe qu'un contrat nul ne peut produire aucun effet, il demande à son ancien associé de lui restituer des valeurs qu'il détient sans cause. C'est donc le défendeur qui est amené, pour s'approprier d'une manière immorale des apports auxquels il n'a aucun droit, à rappeler la cause pour laquelle la société avait été contractée. Les tribunaux devront, croyons-nous, lui répondre qu'ils n'ont plus à s'occuper de la cause de la société, car la société n'est plus en question, mais des conséquences de la nullité qu'ils ont prononcée, et ils ordonneront la restitution des valeurs pour la rétention desquelles il ne peut invoquer aucune cause légitime.¹

59. — La distinction que nous venons de faire entre la restitution des apports, qui peut être demandée, et le partage des bénéfiques, pour lequel toute action doit être refusée, doit-elle être restreinte au cas où la société est annulée à raison de la cause illicite pour laquelle elle a été créée ? Ou bien faut-il l'étendre à toutes les hypothèses dans lesquelles la société est annulée, par exemple à raison de l'incapacité des parties ?

La Cour de cassation a jugé, dans un arrêt récent, que du moment où le but de la société est licite, il y a lieu entre les anciens associés à une action en partage et en liquidation. Voici les motifs de cet arrêt :

« Attendu que la nullité d'une société créée dans un but
« d'intérêt licite en lui-même n'empêche pas que, jusqu'au

¹ Nantes, 23 juin 1845, Dalloz, 45, IV, 377 ; Tribunal de la Réunion, 18 janvier 1850, Sirey, 55, I, 257, et Dalloz, 55, I, 5 ; Cassation, 15 janvier 1855, Sirey, 55, I, 257, et Dalloz, 55, I, 5 ; Cassation, 14 mai 1888, Journal *La Loi* du 9 février 1889. — Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 31 ; Aubry et Rau, IV, § 378, texte et note 9, p. 551 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 53 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 73. — *Compar.* Laurent, XXVI, n° 165-168.

« moment où cette nullité est demandée par les intéressés,
 « il ait pu y avoir entre les prétendus associés des rapports
 « de fait qui doivent se régler sans que l'un s'enrichisse
 « aux dépens de l'autre, et qui, par conséquent, ouvrent à
 « chacun d'eux le droit réciproque de provoquer le partage
 « de l'actif et du passif résultant des opérations faites en
 « commun. »¹

Cette solution nous paraît bonne.

En principe, lorsqu'un contrat est annulé, aucun des effets qu'il a produits ne doit subsister, et cette formule générale conduit aussi bien à la restitution des bénéfices encaissés par l'un des associés qu'à la remise des apports dont il est détenteur. Ce qui nous a empêché d'admettre cette conséquence en ce qui concerne le partage des bénéfices, lorsque la société a une cause illicite, c'est qu'il est impossible de discuter en justice les opérations d'une société dont le but est immoral ou illégal : mais ici rien de pareil, le but de la société est licite, seulement les parties n'étaient pas capables de faire entre elles un contrat de société. Rien ne s'oppose donc à ce qu'on applique, d'une manière absolue, le principe que les contractants se doivent réciproquement compte de ce qu'ils ont encaissé en vertu d'un contrat annulé.

Sans doute cette liquidation ne peut pas se faire en vertu des clauses du pacte social, puisque ce pacte est annulé pour incapacité de l'une des parties. Mais cette nullité n'empêche pas, comme le dit très bien la Cour de cassation, qu'il n'ait existé entre les parties des rapports de fait, qui doivent être réglés de manière que l'une des parties ne s'enrichisse pas aux dépens de l'autre.

60. — Quels sont les effets, à l'égard des tiers, de la nullité de la société à raison du but illicite en vue duquel elle avait été créée ? Cette nullité pourra-t-elle être invoquée

¹ Cassation, 7 mars 1888, *Pandectes françaises*, 88, I, 113, et *France Judiciaire*, 88, I, 214. — *Compar.* Nîmes, 18 décembre 1886, sous Cassation, 12 juillet 1887, *Pandectes françaises*, 87, I, 400.

par les tiers contre les associés, et, à l'inverse, par les associés contre les tiers ?

On reconnaît unanimement que la nullité peut être invoquée par les tiers contre les associés ; mais en ce qui concerne le droit des associés de demander la nullité, plusieurs opinions ont été soutenues.

Un premier système, se fondant sur l'article 42 du Code de commerce, reproduit par l'article 56 de la loi du 24 juillet 1867, enseigne que la nullité ne pourra jamais être proposée par les associés contre les tiers. Après avoir organisé, dans les articles 55 et 56, le système de publication des actes de société commerciale, le législateur ajoute, dans le dernier alinéa de l'article 56 : « Les formalités prescrites
« par l'article précédent et par le présent article seront ob-
« servées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés ; mais
« le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux
« tiers par les associés. » C'est là, dit-on, l'application d'un système général qu'il faut étendre aux nullités des sociétés civiles, au moins lorsqu'elles sont fondées sur le but illicite de la société : les associés sont en faute, ils ne peuvent se prévaloir de leur faute contre les tiers.¹

Un second système distingue, suivant que les tiers ont connu ou ont ignoré le caractère illicite de la société avec laquelle ils traitaient. S'ils l'ont ignoré, les associés ne peuvent demander contre eux la nullité de la société, car ce serait se prévaloir contre des tiers de bonne foi d'une faute qu'eux seuls ont commise. Mais, si les tiers ont su à quoi s'en tenir, ils ne méritent aucune faveur, et les associés doivent pouvoir invoquer contre eux la nullité de la société, au même titre que ceux-ci peuvent s'en prévaloir contre les associés.²

Une troisième opinion, que nous croyons la plus juridi-

¹ Talon, *Etude sur le Contrat de Société*, p. 89 et suiv.

² Rennes, 9 avril 1851, Sirey, 52, II, 261, et Dalloz, 53, II, 208. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 50. — Compar. Lyon, 28 février 1853, Sirey, 53, II, 383, et Dalloz, 53, II, 207.

que, donne dans tous les cas aux associés le droit de demander la nullité de la société contre les tiers, que ceux-ci aient connu ou non le caractère illicite de la société.

On doit d'abord écarter l'argument tiré de l'article 42 du Code de commerce et de l'article 56 de la loi du 24 juillet 1867. Ce texte est un texte tout à fait spécial, qu'il est impossible d'étendre à l'hypothèse que nous examinons : en effet, les formalités de publicité prescrites par la loi commerciale sont exigées dans l'intérêt des tiers, et il serait injuste que les associés, qui ont commis la faute de ne pas se conformer à la loi, pussent se prévaloir contre les tiers de l'inobservation d'une loi édictée en faveur de ceux-ci.

Tout autre est le motif de décider, dans l'hypothèse que nous examinons : la société est nulle d'une nullité de non existence, la cause illicite sur laquelle elle est fondée équivalant à l'absence de cause, et c'est un principe essentiel que les nullités absolues peuvent être proposées par tous les intéressés, par les parties contractantes comme par les tiers. C'est même là ce qui les distingue des nullités relatives. En ce qui concerne notamment la nullité résultant de l'absence de cause ou du caractère illicite de la cause, cette solution ressort clairement du texte de l'article 1131 :

« L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir *aucun effet*. »

« Cette formule est notable, dit très bien M. Demolombe, surtout lorsqu'on la rapproche de la formule de l'article 1117.

« La convention contractée par erreur, violence ou dol n'est pas nulle *de plein droit*, et elle donne seulement lieu à une action en nullité... »

« Il s'ensuit que l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne donne pas lieu seulement à une action en nullité, mais qu'elle est de plein droit frappée de nullité.

« *Nullité*, d'où résultent trois conséquences directement opposées à celles que nous avons déduites de la simple

« annulabilité, à savoir : 1° qu'elle est proposable *par toute personne intéressée....* »¹

Tels sont les principes qui doivent servir à résoudre la question que nous examinons. Le contrat de société ne peut avoir aucun effet, il est de plein droit frappé de nullité ; tous les intéressés peuvent donc proposer cette nullité, aussi bien les associés que les tiers. En vain les tiers invoqueraient-ils, pour repousser la demande en nullité, leur bonne foi, l'ignorance où ils ont été du caractère illicite de la société avec laquelle ils ont traité : cette bonne foi ne peut donner au contrat ce qui lui manque, et faire vivre une société qui est dépourvue d'un élément essentiel à tout contrat, une cause licite.²

¹ *Cours de Code civil*, XXIV, n° 381.

² Laurent, XXVI, n° 169 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 74.

CHAPITRE V

DE L'APPORT OU DES MISES.

61. — La nécessité d'un apport en société par chacun des associés résulte du caractère même du contrat de société : c'est, avons-nous dit,¹ un contrat à *titre onéreux*, qui assujettit chacun des associés à donner ou à faire quelque chose, et il ne peut avoir ce caractère qu'à la condition que *chaque* associé fasse un apport.

C'est ce qu'exige l'article 1833 :

« Toute société doit avoir un objet licite.... *Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie.* »

Il suit de là que la société sera nulle, si l'apport de l'un des associés est *fictif*,² ou si l'un des associés n'a pas fait d'apport du tout, même en apparence.³ Nous dirons bientôt dans quels cas une pareille société pourrait valoir comme donation.⁴

62. — L'apport des associés peut être différent l'un de l'autre, non seulement par la quantité des choses ou des va-

¹ *Suprà*, n° 9.

² Cassation, 14 juin 1887, Dalloz, 87, I, 417.

³ Caen, 17 juin 1852, Sirey, 53, II, 138 ; Cassation, 6 avril 1853, Dalloz, 53, I, 193 ; Paris, 14 avril 1883, Dalloz, 84, II, 123. — Laurent, XXVI, n° 142.

⁴ *Infrà*, n° 65.

leurs apportées, mais aussi par la nature même des biens que chaque associé met en société.

C'était ce que décidait déjà la loi Romaine :

« *Societatem, uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi magis obtinuit.* »¹

« *Ità coïri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecuniâ valet.* »²

Il en était de même dans notre ancien droit :

« Il est, disait Pothier, de l'essence du contrat de société que chacune des parties apporte ou s'oblige d'apporter quelque chose à la société, ou de l'argent, ou d'autres effets, ou son travail et son industrie... Il n'est pas néanmoins nécessaire que ce que chacune des parties contractantes apporte, ou promet d'apporter à la société, soit quelque chose de même nature. Si l'une y apporte ou promet d'y apporter de l'argent ou des marchandises, il n'est pas nécessaire que l'autre en apporte pareillement, et il suffit qu'elle y apporte son travail et son industrie. »³

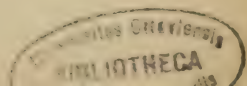
Cette liberté laissée aux associés est consacrée par l'article 1833 qui, en déclarant que chaque associé doit apporter de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie, n'exige nullement que les apports soient de même nature. On peut dire, d'ailleurs, que cette liberté est nécessaire dans le contrat de société : l'associé, dont l'industrie est indispensable à la création et au fonctionnement de la société, serait souvent dans l'impossibilité de faire un apport en argent, et, à l'inverse, le capitaliste, sans les fonds duquel la société ne pourrait vivre, ne peut apporter autre chose que ses capitaux.

63. — On peut mettre en société tout bien pouvant être l'objet d'une obligation, meuble ou immeuble, corporel ou

¹ L. 1, Cod., *Pro socio* (IV, XXXVII).

² INSTIT., Lib. III, Tit. XXVI, § 2.

³ *Du Contrat de Société*, n^{os} 8-9.



incorporel. On peut apporter la propriété d'un bien, ou seulement l'usufruit, ou même la jouissance de ce bien ; et nous aurons à rechercher, lorsque nous traiterons *Des obligations des associés entre eux*, quelles formalités doivent être suivies pour que l'apport soit régulier et transfère à la société la propriété, ou le démembrement de propriété que l'associé s'est engagé à lui remettre.

Peu importe, d'ailleurs, la manière dont l'associé est devenu propriétaire du bien dont il fait l'apport. Du moment où il en est propriétaire et où le bien est apporté par lui dans l'actif social, cela suffit, qu'il en soit lui-même devenu propriétaire par achat, par vente ou par donation.¹

On peut apporter « son industrie », comme le dit l'article 1833, d'accord en cela avec la loi Romaine et notre ancien droit ; et un pareil apport est très fréquent, soit que l'associé n'apporte que son industrie, soit qu'il apporte avec cette industrie une somme d'argent.

L'apport peut consister en un secret utile, dont la divulgation sera pour la société une source de profits.

64. — On discute sur le point de savoir si l'apport de l'un des associés peut consister uniquement dans le *crédit* dont il jouit.

Nous devons écarter immédiatement un premier aspect de cette question, pour lequel le doute n'est pas possible : il est certain que le crédit d'un homme politique, l'influence d'un fonctionnaire ou d'un personnage puissant ne peut être un apport légitime.

En droit Romain, ce genre d'apport semble avoir été autorisé, car la loi 80, *Pro socio*,² réglant les effets d'apports inégaux, suppose que l'apport de l'un des associés a pu consister dans la faveur dont il jouit, *gratia*.

Mais notre ancien droit l'a avec raison proscrit, et Pothier s'en expliquait très nettement :

¹ Cassation, 26 janvier 1886, Dalloz, 86, I, 122.

² D., XVII, II.

« Si des associés, pour l'établissement d'une manufac-
 « ture, avaient eu convention avec un homme puissant, de
 « lui donner une certaine part, pendant un certain nombre
 « d'années, dans le profit qu'ils espéraient y faire, à la
 « charge qu'il les aiderait de son crédit pour les affaires de
 « cette manufacture, cette convention ne serait pas un con-
 « trat de société ; car le secours du crédit de cet homme
 « puissant, qu'il promet apporter à la société, n'est pas
 « quelque chose d'appréciable. Cette convention est nulle
 « comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs,
 « qui ne permettent pas aux personnes puissantes d'ac-
 « corder leur crédit pour de l'argent. »¹

Lors de la discussion du Code civil, MM. Treilhard et Gillet ont expliqué la même idée dans des termes qui, pour manquer de simplicité, ne manquent pas du moins d'énergie :

« La convention est contraire à l'honnêteté et aux bonnes
 « mœurs, dit Treilhard, quand la mise ne consiste que
 « dans une promesse de crédit, vaine le plus souvent, mais
 « toujours coupable quand elle est payée. Loin de nous
 « ces vils intrigants qui, vendant leurs manœuvres et leur
 « protection, trompent également et l'autorité dont ils sur-
 « prennent la confiance, et l'honnête homme qui compte
 « sur eux. »²

« Une autre limite sagement posée par le projet, dit le
 « tribun Gillet, c'est de n'avoir admis au nombre des cho-
 « ses qui entrent dans la société que les biens ou l'indus-
 « trie, *operam, pecuniam*. Les Romains y reconnaissaient
 « une troisième sorte de mise, le crédit et la faveur, *gra-
 « tiam*. Le législateur ne saurait écrire ces mots sans honte
 « que dans des Etats corrompus, où l'on trafique de tout,
 « même de la puissance publique. »³

¹ *Du Contrat de Société*, n° 10.

² *Exposé des motifs au Corps législatif*, Fenet, XIV, p. 398.

³ *Discours au Corps législatif*, Fenet, XIV, p. 419-420.

Tenons donc pour certain qu'un pareil apport est illicite, et il n'est pas inutile de rappeler ces principes à notre époque, où l'on voit trop souvent, dans les conseils d'administration de certaines sociétés, des noms retentissants dont la présence ne s'explique que par la faveur, *gratia*, dont ils sont ou dont on les suppose entourés.

Sur ce point, tout le monde est d'accord.¹

Mais en est-il de même du *crédit commercial*, et une personne qui, par son honnêteté, son intelligence des affaires, a acquis une réputation méritée ne peut-elle pas se borner à faire apport dans la société du crédit dont elle jouit, de la faveur avec laquelle son nom est accueilli par le public ?

Une opinion soutient qu'il faut assimiler le crédit commercial au crédit politique, et décider que ni l'un ni l'autre ne peuvent constituer un apport :

« Le crédit commercial, dit M. Laurent, est le fruit non
 « de l'intrigue, mais du travail et de l'honnêteté. Toutefois
 « à lui seul il ne constituerait pas une mise valable. A dé-
 « faut de biens corporels, la loi exige l'apport d'une indus-
 « trie, c'est-à-dire une coopération active, un travail quel-
 « conque. Au Conseil d'Etat, Pelet émit une opinion contraire :
 « On peut, dit-il, apporter dans la société son nom et sa
 « réputation, lesquels doivent aussi être considérés comme
 « une mise. Pelet ne fit aucune proposition ; sa remarque
 « tendait à comprendre le crédit sous le mot d'industrie.
 « Elle fut combattue par Treilhard et Berlier. Celui-ci dit
 « très bien qu'un nom isolé de tout acte de la personne
 « est une chose fort abstraite, au lieu que l'industrie est
 « une chose positive à laquelle il convient de s'arrêter. »²

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 114 et 115 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 18-20 ; Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 2, p. 543 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 64-65 ; Laurent, XXVI, n° 143 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 32.

² XXVI, n° 143. — *Sic*, Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 115.

Nous croyons que l'on doit décider au contraire que le crédit commercial peut constituer un apport.

En fait, la réputation qu'une personne a acquise dans l'exercice honnête et habile d'un commerce ou d'une industrie constitue une valeur, dont il est impossible de méconnaître le prix. Il s'agit, par exemple, de fonder une société de mines, et les futurs associés s'adressent à un homme qui a consacré sa vie à l'exploitation des mines, et qui y a conquis à la fois la réputation d'un honnête homme et d'un industriel très habile : est-ce que la présence de cet homme parmi les fondateurs de la société n'est pas de nature à inspirer confiance, et à faire affluer vers la société nouvelle les capitaux et les commandes dont elle a besoin, et ne peut-on pas dire que son nom constitue une valeur, un bien, dans le sens de l'article 1833 ? Pour notre part, nous le croyons tout à fait.

On objecte que le nom isolé des actes de la personne est une chose abstraite, sans valeur positive : mais c'est ce que nous contestons absolument. Le nom d'une personne honnête et compétente est une garantie pour les tiers, lors même que cette personne ne coopérerait pas à la gestion de la société : elle ne serait pas digne en effet de la réputation qu'elle a acquise, si elle ne surveillait pas les opérations de la société dont elle fait partie, si elle ne donnait pas pour sa gestion les conseils dont son expérience lui révèle l'utilité ; dans tous les cas, les tiers sont en droit de compter qu'elle remplira ce rôle, et cela suffit pour que son nom constitue une valeur pour la société qui se l'attache.

Il ne reste donc à l'opinion que nous combattons d'autre argument que les observations faites au Conseil d'Etat par Treilhard et Berlier ; mais ces observations, qui n'ont abouti à aucun vote et dont nous croyons avoir démontré l'inexactitude, ne peuvent modifier la règle de l'article 1833 : tout bien peut constituer un apport, et le crédit commercial est un bien légitimement acquis et qui peut tenir lieu d'apport.¹

¹ Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 20 ; Pont, *Du Contrat*

65. — Si l'un des associés n'a fait aucun apport, le contrat est nul, avons-nous dit, puisqu'il manque de l'un des éléments essentiels à la formation de la société : mais s'il est nul en tant que société, ne peut-il pas valoir au moins comme donation, si les parties ont eu l'intention d'avantager l'associé qui n'a fait aucun apport ?

D'après Pothier, cette libéralité ne serait qu'une donation de biens à venir, qui ne serait valable dès lors que si elle était faite par contrat de mariage :

« Si un marchand, dit-il, par amitié pour sa nièce, a
 « eu convention avec elle de lui donner une certaine part,
 « chacun an, pendant un certain nombre d'années, dans
 « le gain qu'il ferait chaque année, sans que pour cela sa
 « nièce fournît rien à son commerce, ni argent, ni mar-
 « chandises, ni travail, cette convention n'est pas un con-
 « trat de société, parce que cette nièce n'apporte ni ne
 « promet d'apporter aucune chose à la société : cette con-
 « vention est une pure donation que ce marchand voulait
 « faire à sa nièce d'une part dans les gains qu'il espérait
 « faire dans son commerce. Cette convention n'est pas va-
 « lable, à moins qu'elle n'ait été faite par le contrat de
 « mariage de sa nièce ; parce que, suivant notre droit
 « français, les donations de biens à venir ne sont pas va-
 « lables, si ce n'est par contrat de mariage. »¹

On s'accorde, avec raison, à repousser cette opinion de Pothier, et à décider qu'une pareille convention constitue une donation de biens présents, et non une donation de biens à venir.

En effet, le donateur est actuellement et immédiatement dépouillé d'un droit, le droit à une portion des bénéfices que produira la société à laquelle il associe le tiers : il importe peu que l'avantage soit éventuel, il en serait de même de la donation des fruits à naître d'un fonds, à laquelle on

de Société, n° 65 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 32.

¹ *Du Contrat de Société*, n° 8.

ne conteste pas le caractère de donation de biens présents. Le droit à une part des bénéfices éventuels de la société est immédiatement enlevé au donateur et acquis au donataire, et cela suffit pour qu'il y ait donation de biens présents.

Il suffira donc, pour que cette libéralité soit valable, que l'acte qui la contient soit fait en conformité des dispositions des articles 931 et suivants, relatifs à la forme des donations entre vifs.¹

Ajoutons que si l'apport de l'un des associés est fictif, et que les associés aient eu l'intention de déguiser une donation au moyen de cette reconnaissance d'apport, cette donation sera valable, l'acte qui la contient fût-il sous seing privé, et cela en vertu des principes aujourd'hui admis par la jurisprudence sur la validité des donations déguisées sous la forme d'un acte à titre onéreux : cette solution est, comme nous l'avons dit plus haut,² commandée par les mêmes principes qui font déclarer valable comme donation une vente portant quittance simulée du prix, lorsque les parties sont d'ailleurs respectivement capables de donner et de recevoir.³

¹ Duranton, XVII, n° 324 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 54 ; Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 3, p. 543 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 59 ; Laurent, XXVI, n° 141 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 14.

² *Suprà*, n° 9.

³ Voir notre *Traité de la Vente*, I, n° 95.

CHAPITRE VI

DES BÉNÉFICES ET DES PERTES.

66. — La société, telle que le Code civil la régleme et que l'article 1832 la définit, doit avoir pour but un *bénéfice* que les associés partageront.

En était-il ainsi en droit Romain, et les associés devaient-ils être nécessairement guidés par un esprit de lucre en s'associant ? Non, d'après M. Accarias :

« Il ne faut pas croire, dit-il, que toute société procède
« d'un esprit de spéculation. Sans doute c'est par cet esprit,
« très licite du reste et très fécond, que naissent et vivent
« celles qui ont pour but des opérations commerciales ;
« mais à coup sûr on ne le rencontre ni dans les sociétés
« de tous biens ou de tous gains, ni même dans certaines
« sociétés à titre particulier où les parties se proposent
« seulement de diminuer, en s'unissant, les frais qu'en-
« traînerait pour chacune une action isolée. »¹

Comme exemple de ces dernières sociétés, M. Accarias cite les deux cas prévus par la loi 52, § 12 et 13, *Pro socio*,² et dans lesquels l'action *Pro socio* était donnée : deux propriétaires voisins refont ensemble le ruisseau commun qui les sépare, ou élèvent, sur un terrain dont ils fournissent

¹ *Précis de droit Romain*, II, n° 622.

² D., XVII, II.

chacun la moitié, un mur mitoyen destiné à soutenir leurs constructions respectives.

Mais il est certain qu'il en était autrement dans notre ancien droit, et qu'une société ne pouvait exister que si les associés se proposaient de faire un lucre :

« Il est de l'essence du contrat de société, dit Pothier, que
« les parties se proposent par le contrat de faire un gain ou
« profit, dans lequel chacune des parties contractantes
« puisse espérer d'avoir part, à raison de ce qu'elle a ap-
« porté à la société. »¹

Les rédacteurs du Code civil ont suivi cette tradition, et ne reconnaissent comme société que le contrat dans lequel les parties cherchent à réaliser un bénéfice :

« L'espoir de partager le bénéfice que la chose commune
« pourra produire, disait le tribun Gillet, est la vue inten-
« tionnelle qui dirige ce contrat. »²

L'article 1832 s'en explique d'ailleurs très clairement, en définissant la société « un contrat dans lequel deux ou plu-
« sieurs personnes conviennent de mettre quelque chose
« en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra
« en résulter. »

67. — Cette conception de la société nous paraît bien étroite, et, comme nous l'avons dit en traitant la question de la personnalité juridique des sociétés civiles,³ nous appelons de tous nos vœux une réforme de notre législation dans un sens plus libéral : les associations dans lesquelles on se réunit pour prier Dieu, pour faire la charité, pour hâter le développement des sciences ou des lettres, devraient être considérées comme des sociétés et régies par les lois du contrat de société. L'intelligence et l'activité de l'homme n'ont pas pour but unique la perspective d'un lucre, Dieu merci ! Et, puisque l'association centuple les efforts individuels, en même temps qu'elle est en harmonie avec les tendances du cœur humain, nous croyons que le législateur

¹ *Du Contrat de Société*, n° 12.

² *Discours au Corps législatif*, Fenet, XIV, p. 419.

³ *Suprà*, n° 28.

devrait reconnaître comme une société, avec tous les effets que la loi y attache, toute réunion d'hommes poursuivant un but licite, la prière ou la spéculation, la charité ou l'industrie, l'avancement des sciences ou le développement des arts. La formule de notre pensée est celle-ci : il devrait être permis à l'homme de s'associer pour atteindre tout but qu'il lui est permis de poursuivre seul, car l'association n'est qu'une des formes de l'épanouissement de sa liberté.

Un projet de loi sur les associations a été déposé à la Chambre des députés en 1888, et nous souhaitons vivement de le voir discuter et devenir une loi, dans le sens large et libéral que nous venons d'indiquer, sens qui nous paraît seul compatible avec les intérêts bien entendus de l'Etat et avec la liberté du citoyen.

68. — En attendant cette réforme législative, on doit tenir pour certain, dans l'état actuel de nos lois, que tout contrat dont le but n'est pas la réalisation d'un bénéfice à partager entre les associés n'est pas une société.

Ainsi on ne doit considérer comme des sociétés ni les associations religieuses,¹ ni les sociétés d'agrément,² les cercles par exemple, ni les associations de charité ayant pour but de rendre les derniers devoirs aux morts,³ ni la réunion de propriétaires s'associant pour défendre leurs terrains contre un dommage éventuel,⁴ ni l'association de

¹ Voir, sur la condition des associations religieuses en France : Jacquier, *De la condition légale des communautés religieuses* ; Laisné-Deshayes, *Du régime légal des communautés religieuses* ; Ravelet, *Traité des congrégations religieuses* ; Trochon, *Traité du régime légal des communautés*.

² Cassation, 29 juin 1847, Sirey, 48, I, 212, et Dalloz, 47, I, 342 ; Lyon, 1^{er} décembre 1852, Dalloz, 53, II, 99 ; Aix, 20 mars 1873, Sirey, 75, II, 103, et Dalloz, 74, II, 138 ; Nancy, 20 janvier 1877, sous Cassation, 19 novembre 1879, Sirey, 80, I, 156, et Dalloz, 80, I, 84 ; Paris, 5 et 24 janvier 1888, Dalloz, 89, II, 140. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 69 ; Laurent, XXVI, n° 150.

³ Tribunal des Andelys, 17 juin 1884, Dalloz, 85, III, 38.

⁴ Cassation, 27 juillet 1880, Sirey, 81, I, 145, et Dalloz, 81, I, 165.

plaideurs qui s'unissent pour lutter en commun pour leurs intérêts menacés.¹

Nous croyons, à ce point de vue, devoir nous associer aux critiques élevées par M. Laurent contre la doctrine d'un arrêt de la Cour de cassation, qui juge que l'association établie entre plusieurs propriétaires pour la mise en commun *du droit de chasse*, leur appartenant comme propriétaires de terres ou fermiers de la chasse, constitue une société. Il y a, dit cet arrêt, des choses mises en commun, le droit de chasse sur une certaine quantité de terres, et les cotisations annuelles que les associés s'engagent à payer pour les frais de garde, etc... ; et il y a un bénéfice à réaliser en commun, c'est l'exercice du droit de chasse, attribué à chacun des associés sur l'ensemble des fonds mis en commun.²

Qu'il y ait la mise d'une chose en commun dans ce genre d'association, nous le reconnaissons, mais nous contestons absolument qu'il y ait un *bénéfice* à partager entre les associés. Le mot « bénéfice », dans la matière du contrat de société, ne signifie pas un avantage quelconque, mais un profit pécuniaire ; et l'association créée en vue de la chose n'a ni pour but, ni pour résultat de procurer aux membres de l'association un avantage pécuniaire. Il est notoire en effet que dans des entreprises de ce genre les dépenses dépassent de beaucoup les profits : ce sont « plaisirs de prince... », ou de financiers. Dès lors un élément essentiel du contrat de société, la volonté de faire une spéculation en commun, manque d'une manière absolue.³

69. — Si les associations dont nous venons de parler, et qui ne se proposent pas le lucre pour objet, ne sont pas valables comme sociétés, elles ne sont pas pour cela destituées de tout effet civil, et sans entrer dans l'examen des caractères et des effets de ces associations, ce qui ne rentre

¹ Voir Cassation, 26 mars 1878, Dalloz, 78, I, 303. — Note, Dalloz, *Loc. citat.*; Pont, *Du Contrat de Société*, n^{os} 68 et 71.

² Cassation, 18 novembre 1865, Sirey, 66, I, 415, et Dalloz, 66, I, 455.

³ Laurent, XXVI, n^o 450.

pas dans l'étude *Du contrat de société*, nous devons cependant dire quelques mots des effets, sinon des associations religieuses, au moins des sociétés d'agrément.

L'étude des associations religieuses est en effet trop vaste, le nombre et l'importance des questions qu'elles soulèvent trop grands pour que nous puissions en parler incidemment et superficiellement ; et nous ne pouvons que renvoyer aux nombreuses monographies écrites sur cette matière.¹

Les sociétés d'agrément sont licites, disons-nous, non pas comme société, nous venons d'en donner le motif, mais comme contrat innommé, et en vertu du principe de la liberté des conventions. Elles peuvent seulement, au point de vue pénal, tomber, suivant les circonstances, sous l'application des articles 291 et 292 du Code pénal, qui prohibent les réunions périodiques d'associations de plus de vingt personnes, à moins que ces associations ne soient autorisées par le Gouvernement ; mais l'explication de ces textes rentre dans les commentaires du droit pénal, et nous devons nous borner à signaler cet aspect peu libéral de notre législation sur les associations.

Bien différente est la législation belge ; l'article 20 de la constitution de Belgique est ainsi conçu : « Les Belges ont le droit de s'associer. Ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive. »

Au point de vue civil, le seul qui nous occupe, les sociétés d'agrément forment, disons-nous, un contrat licite. Ce contrat devra, suivant les règles applicables aux contrats innommés en droit français, être régi par les règles générales des obligations, et par les règles des contrats nommés qui s'en rapprochent le plus.

Nous déduisons de là une première conséquence : c'est que, comme dans toute indivision, il peut y avoir lieu, il doit même y avoir lieu à des règlements de compte entre les membres de la société, et, si ces règlements de compte ne peuvent se faire à l'amiable, ils pourront être portés en jus-

¹ Voir les autorités citées à la note 1 du n° 68.

tice, soit pendant la durée de l'association, soit lors de sa dissolution. Les associés ont eu évidemment, en contractant, l'intention de s'obliger réciproquement à cette reddition de comptes, qui est la base non seulement de toute société, mais de toute indivision, quelle que soit la cause d'où elle procède; et, en vertu de l'article 1134, ils peuvent se contraindre les uns les autres à l'exécution de cette obligation.¹

70. — Les sociétés d'agrément n'ont pas de personnalité civile : nous n'avons pas besoin d'insister sur cette idée, puisque, ainsi que nous l'avons vu, les sociétés civiles régulièrement constituées n'ont même pas de personnalité civile, au moins d'après la théorie que nous avons adoptée ;² mais, quelle que soit l'opinion que l'on se forme sur cette question, lorsqu'il s'agit de sociétés civiles, il ne peut y avoir d'hésitation pour les sociétés d'agrément, en faveur desquelles on ne peut invoquer ni les traditions historiques, ni les textes de notre législation actuelle, absolument muets sur toute convention qui n'est pas une société régulière.

Mais, si les sociétés d'agrément ne peuvent devenir ni propriétaires, ni créancières, ni débitrices, les membres de ces sociétés peuvent contracter individuellement, acquérir, s'obliger, devenir créanciers. Au regard des tiers, l'associé qui a acheté, vis-à-vis duquel on s'est obligé, ou qui s'est reconnu débiteur, sera seul propriétaire des objets par lui achetés, créancier ou débiteur des obligations qu'il aura contractées ; mais, dans ses rapports avec ses associés, il devra partager les biens acquis par lui dans l'intérêt de l'association, et leur tenir compte des créances qu'il a fait contracter à son profit, de même qu'ils devront l'indemniser pour leur part des dettes auxquelles il s'est obligé pour l'association.³

De plus, si l'associé qui s'est obligé ne l'avait fait qu'en vertu d'un mandat ou d'une autorisation des autres membres de la société, ce ne serait pas seulement l'associé con-

¹ Laurent, XXVI, n° 191-192.

² *Suprà*, n° 25.

³ *Compar.* Tribunal des Andelys, 17 juin 1884, Dalloz, 85, III, 38 ; Aix, 20 mars 1873, Sirey, 75, II, 103, et Dalloz, 74, II, 138.

tractant qui serait débiteur vis-à-vis des tiers ; mais ceux-ci auraient pour débiteurs les autres associés, en vertu du mandat qu'ils auraient donné à l'un d'eux, par exemple au président ou au trésorier de l'association.¹

71. — Comment devront être exercées les actions en justice qui naîtront à propos des obligations prises dans l'intérêt de la société, ou des créances nées à son profit ? Nous croyons, avec M. Laurent, qu'en principe l'action ne peut être exercée que par l'associé ou les associés qui ont stipulé, ou contre l'associé qui s'est engagé : en effet, l'association n'ayant pas de personnalité juridique, celui-là seul est créancier ou débiteur qui a stipulé ou promis, sauf compte entre lui et les autres contractants.²

Toutefois nous croyons qu'il faut apporter à cette idée une restriction qui naît de la théorie du mandat, que nous exposons au numéro précédent ; et, s'il est établi que les autres membres de la société ont donné mandat à celui qui a contracté, et que les tiers ont su qu'il agissait en sa qualité de mandataire de ses associés, ceux-ci pourront être actionnés en justice par les créanciers de l'associé qui a contracté ; réciproquement, les associés pourront agir contre les débiteurs, dans la mesure de leur part dans la créance ou dans la dette, et même, si l'objet de l'obligation était indivisible, l'action leur appartiendrait ou pourrait être donnée contre eux pour le tout.³

Quant à la compétence à propos de ces actions, la question est très simple : comme l'association ne constitue pas une personne civile, la compétence exceptionnelle de l'article 59 du Code de Procédure en matière de sociétés de commerce n'existe pas, et on devra s'en tenir à la règle de droit commun, en vertu de laquelle tout défendeur doit, en matière personnelle, être assigné devant le juge de son domicile.⁴

¹ Aix, 2 juillet 1844, Dalloz, 45, II, 61 ; Cassation, 29 juin 1847, Sirey, 48, I, 212, et Dalloz, 47, I, 342 ; Lyon, 1^{er} décembre 1852, Dalloz, 53, II, 99.

² Laurent, XXVI, n° 189.

³ *Compar.* les arrêts cités au numéro précédent.

⁴ Laurent, XXVI, n° 190.

72. — Il ne peut y avoir société, disons-nous, que si les parties contractantes ont *pour but* de réaliser des bénéfices; mais, il suffit que les parties aient eu cette volonté au moment du contrat, que l'espoir de faire un bénéfice ait été, comme le disait le tribun Gillet, « *la vue intentionnelle* » qui les ait dirigés. Quand même cette éventualité ne se réaliserait pas, quand même la société ferait des pertes au lieu de bénéfices, le contrat n'en aura pas moins été un contrat de société, qui devra être régi et liquidé par les règles de la société.

C'est ce que décidait la loi romaine, et voici le motif exact qu'elle en donnait :

« *Quoniam societas, cum contrahitur, tam lucri quam
« damni communio initur.* »¹

73. — Il ne suffit pas, pour qu'il y ait société, que les parties se proposent de *réaliser* des bénéfices; il faut encore qu'elles se proposent de *partager ces bénéfices*, lorsqu'ils seront réalisés.

« Il est, disait Pothier, de l'essence du contrat de société
« que les parties se proposent, par le contrat, de faire un gain
« ou profit, dans lequel chacune des parties contractantes
« puisse espérer d'avoir part, à raison de ce qu'elle a ap-
« porté à la société.

« C'est pourquoi si, par le contrat d'une prétendue so-
« ciété, il était convenu que le profit appartiendrait *en entier*
« à l'une des parties contractantes, sans que l'autre pût y
« prétendre de parts en aucun cas, une telle convention ne
« serait pas un contrat de société, et elle serait nulle, com-
« me manifestement injuste. Les jurisconsultes romains ont
« donné à cette espèce de convention le nom de *société léo-
« nine*, par allusion à la fable du Lion, qui, ayant fait une
« convention de société avec d'autres animaux pour aller à
« la chasse, s'empara seul de toute la proie : *Cassius res-
« pondit societatem talem coïri non posse, ut alter lucrum,*

¹ L. 67, D., *Pro socio* (XVII, II).

« *aller damnum sentiret, hanc societatem leoninam solitum*
 « *appellare ; et nos consentimus.... Iniquum enim genus so-*
 « *cietatis est, ex quâ quis damnum, non etiam lucrum*
 « *spectet ; L. 29, § 2, ff., Pro socio.* »¹

Ces principes sont formellement consacrés, sous l'empire du Code civil, par l'article 1832, qui déclare que le contrat de société doit être fait « dans la vue de partager
 « *le bénéfice* » qui pourra en résulter ; et par l'article 1855, qui annule la convention qui donnerait à l'un des associés
 « *la totalité des bénéfices.* »

Nous nous bornons en ce moment à poser le principe de la nécessité du partage des bénéfices entre les associés : nous étudierons les règles de ce partage dans la troisième partie de ce *Traité*, lorsque nous traiterons *Des obligations des associés entre eux*.

Ajoutons toutefois, avec Pothier, « qu'il n'est pas néces-
 « saire, pour la validité du contrat de société, que chacune
 « des parties contractantes doive avoir, en quelque cas
 « que ce soit, une part dans le profit de la société ; il
 « suffit qu'elle puisse y espérer d'avoir part ; et on peut
 « faire dépendre de la quantité à laquelle montera le pro-
 « fit de la société, comme d'une condition, la part que l'un
 « des associés y aura. »²

74. — La nécessité, pour qu'il y ait contrat de société, que les parties aient voulu faire un bénéfice et le partager, conduit à décider qu'il ne peut y avoir société dans le contrat d'assurances mutuelles, ni dans les tontines.

Occupons-nous d'abord du contrat *d'assurances mutuelles*. Un certain nombre de personnes s'associent pour supporter en commun les dangers qui peuvent les menacer soit dans leurs biens, comme l'incendie, la grêle, l'épizootie, soit dans leurs personnes, comme les accidents du travail ; elles paient chaque année une prime qui est mise en com-

¹ *Du Contrat de Société*, n° 12.

² *Du Contrat de Société*, n° 13.

mun, et lorsque l'un des assurés éprouve un dommage de la catégorie de ceux prévus par le contrat, il est indemnisé aux dépens de la caisse commune. Cette association, que l'on désigne souvent sous le nom de *Société d'assurances mutuelles*, manque de l'un des caractères essentiels à la société : les contractants ne se proposent pas de faire un bénéfice, mais d'éviter une perte, et le contrat ne peut jamais être pour eux, pas plus que dans les assurances à prime fixe, une source de bénéfices ; il n'y a donc pas une société.¹

Il en est de même des *tontines*. Dans ce genre de contrat, les parties mettent en commun un capital, en convenant qu'à une certaine époque il sera réparti, avec les intérêts accumulés, entre les contractants survivants ; ou elles placent des capitaux en rentes viagères, en stipulant que la part des prémourants accroîtra aux survivants, les rentes devant s'éteindre au décès du dernier survivant. Dans ce contrat, il y a bien une chose mise en commun, mais les parties ne se proposent pas de faire un bénéfice en spéculant avec le capital mis en commun : c'est ce capital lui-même qui sera réparti entre les contractants, suivant la durée de leur existence : il y a donc un contrat aléatoire, il n'y a pas une société.²

75. — On doit aussi décider qu'il n'y a pas société si les parties mettent en commun un objet, meuble ou immeuble, ou un capital, pour en jouir *alternativement*.

Il y a bien ici quelques-unes des conditions de la société,

¹ Douai, 29 juillet 1850, Sirey, 52, II, 709, et Dalloz, 54, V, 12 ; Douai, 15 novembre 1851, Sirey, 52, II, 58, et Dalloz, 54, II, 116 ; Grenoble, 9 juillet 1866, Sirey, 67, II, 14 ; Cassation, 16 août 1870, Sirey, 71, I, 15 ; Paris, 25 mars 1873, Dalloz, 75, II, 17. — Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 5, p. 543-544 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 71 ; Laurent, XXVI, n° 147 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, n° 34 bis. — Voir toutefois Cassation, 13 mai 1857, Sirey, 58, I, 129, et Dalloz, 57, I, 201.

² Aubry et Rau, Laurent, Lyon-Caen et Renault, *Op. et loc. citat.*

mise en commun d'une chose, intention de faire des bénéfices, et répartition des bénéfices, puisque chaque partie profite alternativement des bénéfices que peut procurer la chose mise en commun.

Aussi Pothier décidait-il qu'en pareil cas il y avait contrat de société.¹ Mais cette opinion, déjà rejetée par la loi Romaine,² doit encore être repoussée aujourd'hui, car ni le texte de l'article 1832, ni le caractère fondamental du contrat de société ne permettent d'y voir une société.

Le texte de l'article 1832 s'y oppose, disons-nous, car il exige que les associés mettent quelque chose en commun pour partager le bénéfice qui en résultera : ce texte suppose donc un bénéfice commun produit par la réunion de l'activité des associés et partagé entre eux. Or ici il n'y a rien de pareil : chacun travaille pour soi, on ne partage rien, mais chaque contractant jouit successivement, et comme bon lui semble, à ses risques et périls, de la chose mise en commun.

Le caractère fondamental du contrat de société ne s'y oppose pas moins : ce qui fait l'utilité pour les contractants du contrat de société et ce qui assure son importance sociale, c'est la réunion de l'intelligence et de l'activité de plusieurs personnes vers un but commun. Cette concentration des efforts de tous vers un but unique ne produit pas seulement l'addition des forces individuelles, elle en amène la multiplication : voilà pourquoi le contrat de société, qui substitue l'union des forces à l'individualisme, est entouré avec raison de la protection du législateur et de la faveur du public.

Mais, dans le contrat que nous analysons, cette concentration des efforts individuels, cette poursuite en commun d'un même but manquent absolument. Avec la chose mise en commun chacun des contractants travaille pour lui, gagne ou perd pour lui, et non pour les autres con-

¹ *Du Contrat de Société*, n° 133. — *Compar.* Troplong, I, n° 16.

² L. 17, 3, D., *De præscript. verb.* (XIX, V).

tractants : il y a bien mise en commun d'une chose, mais il n'y a pas société, union de l'activité des parties dans la poursuite d'un même but ; il ne peut donc y avoir société.

C'est l'idée que Doneau exprimait très bien : « *Non erit societas, nisi communio inita sit lucri in commune faciendi causâ ; hoc enim proprium est societatis.* »¹

On a décidé avec raison, par application de ces principes, qu'il n'y avait pas contrat de société entre des personnes qui mettent en commun une somme d'argent, pour en jouir chacun alternativement, suivant les besoins de son commerce ;² entre des agents d'assurances mettant en commun, pour les partager, les courtages obtenus pour les assurances qu'ils auraient fait contracter chacun de leur côté ;³ entre des entrepreneurs de transport qui conviennent de former une masse commune de toutes les marchandises dont chacun d'eux sera chargé, et de la répartir entre eux dans certaines proportions.⁴

76. — Le motif que nous venons de développer, la nécessité pour les parties de se proposer comme but un bénéfice à faire en commun, doit conduire à décider, comme nous l'avons dit au début de ce chapitre,⁵ qu'il n'y a pas société dans l'association de deux propriétaires qui refont à frais communs le ruisseau qui les sépare, ou qui élèvent un mur mitoyen sur un terrain dont ils fournissent chacun la moitié.

La solution contraire, admise par la loi Romaine,⁶ a été reprise par M. Troplong, qui en donne le motif suivant : un

¹ Liv. XIII, Chap. XV, n° 5. — *Sic*, Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 56 ; Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 6, p. 544 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n°s 70 et 30 ; Laurent, XXVI, n° 151 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 36.

² Cassation, 4 juillet 1826, Sirey, c. n., VIII, I, 380.

³ Cassation, 29 novembre 1831, Dalloz, RÉPERT., v° *Société*, n° 108.

⁴ Rouen, 5 mars 1846, Dalloz, 49, II, 228.

⁵ *Suprà*, n° 66.

⁶ L. 52, 13, D., *Pro socio* (XVII, II).

tel contrat n'a pas pour but, il est vrai, de partager une somme d'argent, mais il procure aux contractants un avantage appréciable en argent, et cela suffit pour qu'il y ait société.¹

L'inexactitude de cette solution a été démontrée dans les développements qui précèdent ; ce qui caractérise la société, ce n'est pas seulement le but pécuniaire que les contractants poursuivent et que le contrat leur donnerait, c'est la recherche d'un profit à faire au moyen de l'usage de la chose mise en commun ; et c'est ce qui manque dans l'hypothèse que nous examinons.²

77. — Nous ajouterons, pour en finir avec cet ordre d'idées, que s'il est de l'essence du contrat de société que les parties se proposent de faire un bénéfice en commun et de le partager, ce caractère n'est pas toujours suffisant, et il faut en outre l'intention d'être associés, *animus contrahendæ societatis*.

Un rapport de M. Rau, suivi d'un arrêt de rejet, a très bien mis en lumière ces principes :

« La participation aux bénéfices éventuels d'une entreprise, dit M. Rau, est de l'essence de la société ; cela est
 « incontestable en ce sens que, sans cette participation, il
 « n'y a pas de société possible. Mais il ne résulte nullement
 « de là que toute convention, dans laquelle se rencontrera
 « cet élément, constitue nécessairement une société. N'arrive-t-il pas souvent que la rémunération d'un employé
 « de commerce, d'un directeur ou surveillant de fabrication, consiste, avec ou sans appointements fixes, dans
 « une part aux bénéfices du commerce ou de la fabrication ? Et cependant on reconnaît que, sauf interprétation
 « contraire du contrat d'après les faits et circonstances de
 « la cause, on doit voir dans la convention, non une société, mais un louage d'industrie... Deux éléments sont

¹ *Du Contrat de Société*, n° 13.

² Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 7, p. 544 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 69.

« essentiels, outre l'intention commune des parties de s'as-
 « socier, pour la formation d'une société : la mise en com-
 « mun d'une chose et la participation aux pertes comme
 « aux bénéfices. . . . »

L'arrêt pose les mêmes principes :

« Attendu que si la participation aux bénéfices éventuels
 « d'une entreprise est de l'essence de la société, en ce sens
 « que, sans cette participation, il n'y a pas de société pos-
 « sible, il ne résulte nullement de là que toute convention
 « par laquelle l'un des contractants s'engage à fournir un
 « capital pour l'exploitation d'un commerce ou d'une in-
 « dustrie constitue nécessairement, et qu'elle qu'ait été
 « l'intention réelle des parties, une société en commandite,
 « dès qu'elle contient au profit du bailleur de fonds la sti-
 « pulation d'une part dans les bénéfices à réaliser ;

« Attendu que le contrat de société exige, comme condi-
 « tions essentielles de sa formation, *l'intention des parties*
 « *de s'associer, une chose mise en commun, et la participa-*
 « *tion aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise. . . »¹*

C'est l'absence de cette intention des parties de s'associer, de *l'animus contrahendæ societatis*, qui nous a fait décider que la remise d'une somme d'argent à un commerçant, avec participation aux bénéfices, pouvait être parfois un prêt, et non une société :² que le propriétaire d'un immeuble, qui en confère la jouissance à un industriel moyennant une participation aux bénéfices, n'est pas toujours un associé, mais quelquefois un bailleur ;³ que la convention par laquelle un auteur cède à un éditeur la propriété d'un manuscrit à éditer, avec stipulation que les bénéfices seront partagés, constituera généralement une vente ;⁴ que le commis intéressé aux bénéfices continue ordinairement d'être un commis et ne devient pas un associé, etc. . . .⁵

¹ Cassation, 8 janvier 1872, Dalloz, 72, I, 194.

² *Suprà*, n° 18.

³ *Suprà*, n° 11.

⁴ *Suprà*, n° 19.

⁵ *Suprà*, n° 14.

78. — Nous avons dit que, pour qu'il y eût contrat de société, il fallait, outre l'intention de s'associer, une chose mise en commun en vue de faire des bénéfices, et un partage de ces bénéfices ; mais il faut en outre, comme condition essentielle du contrat de société, que les pertes que la société peut éprouver soient elles-mêmes supportées en commun par les associés.

C'est à cette condition seulement qu'il y a véritablement association, union des associés en vue d'une entreprise dont les résultats seront communs à tous, quels qu'ils soient, bons ou mauvais.

Ce caractère essentiel de toute société était très bien mis en relief dans la définition qu'en donnait Domat, et que nous avons indiquée au début de ce *Traité*.¹ Les associés, dit-il, doivent se proposer de « partager tout ce qu'ils pourront « avoir de gain, ou souffrir de perte, de ce qu'ils auront mis « en société. »²

L'article 1832, au contraire, n'indique pas ce caractère de la société, et se borne à parler de la condition du partage des bénéfices, sans indiquer celle de la répartition des pertes.

Lors des travaux préparatoires, MM. Boutteville et Gillet ont expliqué dans les termes suivants les motifs de cette omission :

« On peut observer, dit M. Boutteville, qu'elles (les parties) doivent aussi en supporter les pertes ; mais comme « très certainement elles ont principalement en vue d'ob- « tenir et de partager des bénéfices, il serait difficile de ne « pas trouver la définition exacte. »

« Jusqu'ici, dit M. Gillet, la définition (de la société) « avait été moins précise. Les écrivains en jurisprudence y « avaient ajouté parmi les objets de la société *la communi- « cation des pertes*. Il a paru au Tribunal que le projet pro- « posé était plus exact, lorsqu'il considérait cette commu-

¹ *Suprà*, n° 6.

² *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section I.

« nication comme une simple condition du contrat, et non « pas comme son but. »¹

Cette justification de la lacune de l'article 1832, qui d'ailleurs paraît s'être inspiré de la définition de Pothier, nous semble bien insuffisante. Si, en rédigeant ainsi l'article 1832, les rédacteurs du Code ont voulu dire que les personnes qui s'associent le font en vue de faire des bénéfices, et non de supporter en commun des pertes, ils ont incontestablement raison : mais c'est une vérité de fait qui n'avait pas besoin d'être rappelée, tandis qu'il était essentiel, au point de vue du droit, d'indiquer dans la définition même du contrat de société une condition sans laquelle la société n'est pas valable, à savoir que les parties doivent être associées pour la perte comme pour le gain.

Les articles 1853 et 1855 prouvent d'ailleurs que la définition de l'article 1832 est incomplète. L'article 1853 dit que, dans le silence de l'acte de société, la part de chaque associé dans les bénéfices et dans les pertes est en proportion de sa mise, et l'article 1855 déclare nulle la stipulation qui affranchirait *de toute contribution aux pertes* les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés.

La contribution aux pertes est donc, comme nous le disions, *de l'essence* du contrat de société, et les rédacteurs du Code ont eu tort de ne pas rappeler cette condition essentielle dans la définition qu'ils ont donnée de la société ; elle n'est ni moins importante, ni moins nécessaire que le partage des bénéfices.

Le silence gardé par Pothier à ce propos s'expliquait par le motif suivant ; Pothier considérait comme licite la clause par laquelle un des associés aurait été formellement dispensé de toute contribution aux pertes, à raison de la nature de son apport :

« Régulièrement, disait Pothier, chacun des associés doit

¹ *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIV, p. 405.

² *Discours au Corps législatif*, Fenet, XIV, p. 419.

« supporter dans la perte que fera la société la même part
 « qu'il doit avoir dans le gain, au cas que la société pros-
 « père. Cette règle souffre exception dans le cas auquel
 « l'un des associés, à qui on n'a assigné une part dans le
 « gain qu'à raison de ce qu'il a contribué à la société en
 « argent ou en marchandises, y a de plus apporté seul son
 « travail et son industrie. On peut, en ce cas, équitable-
 « ment convenir qu'il supportera une moindre part dans la
 « perte, ou même qu'il ne supportera rien du tout de la
 « perte.....

« En général, toutes les fois que l'un des associés apporte
 « en son nom particulier quelque avantage à la société, on
 « peut, pour l'en récompenser, convenir qu'il sera dé-
 « chargé pour partie, *ou même pour le total*, de la perte
 « que ferait la société. »¹

L'article 1855 rejette cette opinion de Pothier, et c'est à tort par suite que l'article 1832 n'ajoute pas à la définition que donnait Pothier ce que Domat indiquait avec raison, la nécessité de la contribution de tous les associés aux pertes. ²

Nous verrons d'ailleurs dans la troisième partie de ce *Traité*, avec les articles 1853 et suivants, comment et dans quelle mesure la répartition des pertes doit se faire entre les associés.

¹ *Du Contrat de Société*, n° 19-20.

² *Compar.* Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 13; Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 8, p. 544-545; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 4; Laurent, XXVI, n° 155.

CHAPITRE VII

DE LA FORME ET DE LA PREUVE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

79. — En droit Romain, la société était un contrat purement consensuel, qui n'était soumis à aucune forme et qui pouvait être contracté de toute manière :

« *Societatem cõire et re, et verbis, et per nuntium posse nos dubium non est.* »¹

Il en était de même dans notre ancien droit :

« Comme le consentement, dit Domat, peut se donner
« ou par écrit, ou sans écrit, et même entre absents par
« lettres, par procureurs ou autres médiateurs, la société
« peut se former par toutes ces voies. Et même par un
« consentement tacite, et par des actes qui en fassent
« preuve. Comme si on négocie en commun, et si on par-
« tage les gains et les pertes. Et la société dure autant que
« les associés veulent persévérer dans leur liaison. »²

« Le contrat de société, dit Pothier, étant un contrat du
« droit naturel, qui se régit par les seuls principes du droit
« naturel, et un contrat consensuel, qui se forme par le
« seul consentement des parties, il n'est pas lui-même sujet
« à aucune forme. Celles que notre droit requiert pour ce

¹ L. 4, D., *Pro socio* (XVII, II).

² *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section II, n° 6.

« contrat ne sont requises que pour la preuve du contrat,
« et non pour la substance. »¹

Au point de vue de la preuve du contrat de société, on distinguait, dans notre ancien droit, entre les sociétés de commerce et les sociétés civiles, et, parmi celles-ci, entre les sociétés universelles et les sociétés particulières.

Pour les sociétés commerciales, l'ordonnance du commerce de 1673 exigeait que toute société fût constatée par écrit, devant notaire ou sous signatures privées, et prohibait toute preuve contre et outre le contenu à l'acte, s'agit-il d'une valeur de moins de cent livres. Elle ordonnait en outre que l'extrait de l'acte de société fût enregistré au greffe du consulat, de l'hôtel de ville ou de la juridiction ordinaire, et inséré dans un tableau exposé en un lieu public.

Pour les sociétés civiles, il fallait distinguer entre les sociétés particulières et les sociétés universelles. Les premières n'étaient soumises qu'à la loi commune de l'ordonnance de Moulins, applicables à toutes les conventions, et la preuve testimoniale de ces sociétés n'était prohibée que si la valeur de l'objet de la société excédait cent livres.

Mais, pour les sociétés universelles, le droit français ancien ne les soumettait à aucune forme :

« Non seulement, dit Pothier, il n'était pas nécessaire
« qu'il en fût dressé un acte par écrit, il n'était même pas
« nécessaire qu'il y en eût eu une convention expresse ; les
« parties étaient présumées être tacitement convenues de
« cette société, lorsque par an et jour elles avaient habité
« et vécu en commun. »²

« Compagnie, disait Beaumanoir, se fet de pluriex ma-
« nières...

« La quarte manière par quoi compagnie se fet... selon
« nostre coustume, pour seulement manoir ensemble à un

¹ *Du Contrat de Société*, n° 78.

² *Du Contrat de Société*, n° 79.

« pain et à un pot un an et un jour, puisque li muebles de
« l'un et de l'autre sont mellés ensemble. »¹

Ces communautés *de pain et de pot*, ou *sociétés taisibles*, étaient très fréquentes dans notre ancien droit ; mais dès avant l'ordonnance de Moulins, quelques coutumes les avaient rejetées, notamment l'ancienne coutume d'Orléans, rédigée en 1509, et dont l'article 80 était ainsi conçu :

« Société ne se contracte entre aucuns, qu'ils ne soient
« conjoints par mariage, sinon qu'il y ait entre eux con-
« vention expresse. »

Après l'ordonnance de Moulins, les sociétés universelles furent en principe soumises, comme les autres contrats, à la nécessité d'une preuve écrite au delà de cent livres ; mais quelques coutumes maintinrent l'usage des sociétés taisibles, se prouvant sans acte écrit, et même se présument par l'habitation continuée pendant an et jour. Nous citerons notamment la coutume de Berry, dont l'article 8 du titre X, *Des mariages, douaires, societez et communautez*, était ainsi conçu :

« Frères ou sœurs, ou autres demourans ensemble, vi-
« vants à mesmes despens, ne sont pourtant reputez avoir
« contracté entre eux communauté ; toutesfois si, avec la-
« dite habitation, demourance et despence commune, y
« avoit communication des gains, profits et pertes, par an
« et jour, entre personnes capables à contracter société,
« par ce seroit induire *taisible société* entre eux, quant à la
« communication des meubles et conquêts faits et acquis
« durant et constant ladite taisible société. »

Nous citerons encore la coutume du Poitou, dans son article 231, Titre III, *Des droits appartenant a gens mariez, et de communauté de biens entre eux et autres personnes* :

« Si deux personnes ou plusieurs, de roturière condi-
« tion, aagez de vingt cinq ans et usant de leurs droits,
« demeurent ensemble par an et jour, vivans d'un mesme

¹ *Cout. de Beauvoisis*, Chap. XXI. — *Compar.* Guy Coquille, *Sur la Cout. de Nivernais*, Chap. XXII.

« bien, et chacun d'eux ait apporté ses biens au fait com-
 « mun de l'hostel, ils contractent taisiblement compaignie :
 « supposé qu'aucune chose n'en ait esté convenu expressé-
 « ment entre eux, et peut chacun d'eux demander part
 « et portion, par testes de la condition susdite en ladite
 « communauté, de tous les biens meubles d'entre eux, et
 « des acquets faits par eux ou l'un d'eux devant ledit temps ;
 « sinon qu'on feist apparoir que par familiarité ou autre
 « cause ils eussent demeuré ensemble. »

D'autres coutumes, comme la coutume de Bourbonnais, dans son article 267, admettaient seulement les sociétés taisibles entre frères demeurant ensemble.

80. — Lors de la rédaction du Code civil, l'article 5 du projet du titre *Du contrat de société*, devenu l'article 1834, soumettait le contrat de société au droit commun, et exigeait dans tous les cas qu'il en fût rapporté une preuve écrite au delà de cent cinquante francs.

Le tribunal d'appel de Paris fit un grand éloge de cette disposition :

« Cet article, dit-il, abolit les *sociétés taisibles*, qui se con-
 « tractent entre certaines personnes par le seul fait de l'ha-
 « bitation et vie commune pendant an et jour, avec com-
 « munication de gains et de profits. Ces sociétés avaient
 « lieu autrefois dans tout le pays coutumier ; et elles sont
 « encore admises dans plusieurs coutumes, où l'usage en
 « est fréquent, surtout entre les habitants des campagnes :
 « Chartres, Dreux, Troyes, Sens, Auxerre. Nous ne par-
 « lons que de celles des coutumes indiquées qui font partie
 « du ressort du tribunal d'appel de Paris.

« On doit louer les auteurs du projet de code d'avoir
 « supprimé ce débris de nos institutions gothiques. Les
 « sociétés taisibles forment une exception dangereuse à la
 « règle, si sage et si nécessaire, posée par l'ordonnance de
 « Moulins, qui défend d'admettre la preuve testimoniale,
 « en matière de conventions, au-delà d'une certaine somme.
 « Elles présentent d'ailleurs un fait difficile à constater,

« compliqué dans ses détails, souvent obscur et très équi-
 « voque dans son caractère, qui dépend principalement de
 « l'intention ; il en résulte beaucoup de procès.

« C'est ce qui avait déterminé presque généralement les
 « rédacteurs de nos coutumes à les proscrire, quelques-uns
 « même avant l'ordonnance de Moulins. Cette suppression
 « ne prive d'aucun avantage réel ceux qui veulent contrac-
 « ter de pareilles sociétés, dont l'utilité et même la néces-
 « sité pour beaucoup de personnes ne peuvent être révo-
 « quées en doute ; ils seront toujours les maîtres d'en con-
 « tracter, en les écrivant ou les faisant écrire, comme
 « toutes les autres conventions. » ¹

Le tribun Boutteville, dans son *Rapport au Tribunal*, in-
 dique dans les termes suivants la portée de l'article 1834 :

« Les associations connues de nos aïeux sous le nom de
 « sociétés taisibles, et qui se formaient par le seul fait de la
 « cohabitation, ne convenant plus depuis longtemps à nos
 « mœurs, le projet a le soin de rappeler le principe géné-
 « ral qui veut que toute convention pour objet de valeur
 « au-dessus de 150 francs soit rédigée par écrit, et qu'au-
 « cune preuve par témoins ne puisse être admise contre et
 « outre le contenu aux actes qui les renferment. » ²

Enfin le tribun Gillet, dans son *Discours au Corps légis-
 latif*, exprime les mêmes idées, en rendant toutefois hom-
 mage au passé des sociétés taisibles que le Code va abolir :

« C'est avec non moins de raison que l'on a exigé que
 « toute société fût constatée par écrit, lorsque sa valeur
 « excède plus de 150 francs ; sans cette mesure, les intérêts
 « et les obligations de chaque associé eussent été livrés à
 « des témoignages trop incertains ou à des conjectures
 « trop arbitraires. Toutefois cette disposition fait cesser une
 « institution dont l'observateur aime à contempler quel-
 « quefois les derniers vestiges, celle des communautés
 « tacites, qui avaient lieu dans plusieurs coutumes. Des

¹ Fenet, V, p. 279-280.

² Fenet, XIV, p. 406.

« familles unies depuis plusieurs siècles sous le titre de
 « *copersonniers* avaient honoré cette institution, qui portait
 « dans les mœurs quelque image de l'antiquité patriarcale.
 « Mais la maturité de notre civilisation ne permet plus de
 « conserver l'idée de ces usages que comme d'intéressants
 « souvenirs. »¹

81. — Nous sommes trop loin des sociétés taisibles pour bien nous rendre compte de l'utilité ou des inconvénients que pouvait présenter l'absence de toutes formes, et la possibilité d'établir l'existence de ces associations même par témoins ou par présomptions. Une chose cependant nous frappe et nous porte à croire que la disposition de l'article 1834 est bonne : c'est ce fait, indiqué par Pothier et relevé dans les observations du tribunal d'appel de Paris, qu'un certain nombre de coutumes avaient exigé la preuve écrite des sociétés taisibles avant même l'ordonnance de Moulins, ce qui démontre les inconvénients du système ancien de preuve, inconvénients que les jurisconsultes coutumiers avaient pu constater. Aussi croyons-nous que l'on a bien fait de soumettre toutes les sociétés, universelles ou particulières, aux règles de droit commun sur la preuve des contrats.

Mais il importe de bien préciser la portée de l'innovation de l'article 1834 : ce texte n'a nullement pour but de soumettre la formation des sociétés civiles à la nécessité de la rédaction d'un acte écrit. Il n'a d'autre portée que de placer le contrat de société sous la même loi que les contrats en général, et par conséquent il n'exige pas l'écriture *ad solemnitatem*, comme condition de forme du contrat de société, mais il prohibe la preuve testimoniale, et par conséquent n'admet que la preuve écrite au-delà de cent cinquante francs, lorsque l'existence du contrat est niée.

C'est ce qui résulte des passages des travaux préparatoires que nous avons reproduits plus haut, notamment du *Rapport* du tribun Boutteville : « Le projet a le soin de rappeler

¹ Fenet, XIV, p. 420.

« *le principe général* qui veut que toute convention pour
« objet de valeur au-dessus de 150 francs soit rédigée par
« écrit. »

C'est ce que dit plus nettement encore M. Treilhard dans
son *Exposé des Motifs au Corps législatif* :

« La formalité de l'écriture n'est pas nécessaire pour la
« substance d'un contrat ; elle est prescrite seulement pour
« la preuve : le contrat est parfait entre les parties contrac-
« tantes par le consentement, et indépendamment de tout
« écrit : mais les tribunaux n'en peuvent reconnaître l'exis-
« tence que lorsqu'elle est prouvée, et la prudence ne per-
« met pas d'admettre d'autres preuves que celles qui ré-
« sultent d'un acte, quand il a été possible d'en faire. Cette
« disposition n'est pas particulière au contrat de société ;
« elle s'applique à toute espèce de conventions. »¹

Le rapprochement des articles 1341 et 1834 prouve d'ail-
leurs que ce dernier article n'est qu'une application du pre-
mier ; si l'article 1834 dit que « toutes sociétés doivent être
« *rédigées par écrit* », l'article 1341 porte « qu'il doit être
« *passé acte* de toutes choses ou valeur excédant la somme
« de cent cinquante francs », et les deux articles ont le
même but, prohiber la preuve testimoniale des conventions
où l'intérêt est supérieur à cent cinquante francs.

L'article 1866 vient compléter cette démonstration, s'il
en était besoin, en indiquant que la prorogation de la so-
ciété à temps limité ne peut être « *prouvée* » que par un
écrit revêtu des mêmes formes que l'acte de société.

La société peut être donc établie n'importe comment ;
mais, si son existence est contestée, la preuve n'en peut
être reçue que suivant les règles ordinaires sur la preuve
dans les contrats ; et par là nous n'entendons pas seule-
ment la règle de l'article 1341 sur la preuve littérale, mais
aussi les règles sur le commencement de preuve par écrit,
l'aveu, le serment, l'interrogatoire sur faits et articles, etc...²

¹ Fenet, XIV, p. 395.

² Paris, 17 avril 1807, Sirey, c. n., II, II, 227 ; Bruxelles, 28 juin
GUIL. Société.

82. — On doit décider, par application de ces principes, que s'il n'y a pas eu d'acte écrit constatant la convention de société, mais qu'il existe un commencement de preuve par écrit, l'existence de la société pourra être établie par témoins.

L'article 1347 en effet, qui indique la valeur du commencement de preuve par écrit dans la matière des preuves, se rattache d'une façon intime à l'article 1344, dont il est un complément. Ces deux articles ne forment pas deux règles, mais une règle et une exception, constituant toute la théorie de la preuve par témoins sous le Code civil.

Nous avons essayé de démontrer cette connexité des articles 1344 et 1347 dans notre *Traité du Louage*, et nous en avons conclu que l'article 1715, dérogeant à l'article 1344, dérogeait en même temps à l'article 1347, et que, prohibant la preuve testimoniale toute seule, il la prohibait encore lorsqu'il existait un commencement de preuve par écrit.¹

A l'inverse, on doit décider, dans le contrat de société, que l'article 1347 est applicable : en effet, puisque l'article 1834 ne fait que reproduire, pour la société, la règle de l'article 1344, c'est que toute la théorie de la preuve testimoniale, la règle de l'article 1344 et l'exception de l'article 1347, sont applicables en matière de société.²

1810, Sirey, c. n., III, II, 221 ; Turin, 10 avril 1811, Sirey, c. n., III, II, 472 ; Cassation, 12 décembre 1825, Sirey, c. n., VIII, I, 234 ; Nancy, 17 janvier 1829, Sirey, c. n., IX, II, 192 ; Cassation, 19 juillet 1852, Sirey, 53, I, 33, et Dalloz, 52, I, 299 ; Cassation, 17 février 1858, Sirey, 58, I, 461, et Dalloz, 58, I, 24. — Duranton, XVII, n° 336 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 200 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 66 ; Aubry et Rau, IV, § 378, texte et note 1, p. 548-549 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 133-159 ; Laurent, XXVI, n° 171.

¹ Voir notre *Traité du Louage*, I, n° 78.

² Cassation, 12 décembre 1825, Sirey, c. n., VIII, I, 234 ; Nancy, 17 janvier 1829, Sirey, c. n., IX, II, 192 ; Cassation, 17 avril 1834, Sirey, 34, I, 276 ; Cassation, 19 juillet 1852, Sirey, 53, I, 33, et Dalloz, 52, I, 299 ; Cassation, 17 février 1858, Sirey, 58, I, 461, et

83. — La preuve de l'existence de la société peut-elle résulter de documents écrits ne remplissant pas les conditions de l'article 1325, c'est-à-dire n'étant pas rédigés en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ?

Non, d'après une première opinion, défendue notamment par MM. Pont¹ et Laurent :²

« La loi, dit M. Laurent, exige un acte ; et, de même que
 « l'acte authentique ne peut être invoqué comme preuve
 « que lorsqu'il réunit toutes les conditions requises pour
 « l'authenticité, de même l'acte sous signature privée
 « n'existe comme preuve légale que lorsque les formalités
 « de l'article 1325 ont été observées. Admettre tout écrit
 « comme preuve littérale, c'est bouleverser le système de
 « preuves organisé par le Code civil ; la loi détermine la
 « force probante des écritures qui n'ont pas été dressées
 « pour constater le fait litigieux, elle leur donne la force
 « d'un commencement de preuve par écrit (article 1347) ;
 « par exception elle y attache une foi plus grande, mais
 « c'est sous les conditions qu'elle détermine (art. 1329 et
 « suiv.). Ces écritures ne sont pas des actes, dans la théo-
 « rie du Code ; elles ne peuvent donc pas, en principe, être
 « alléguées comme preuve littérale ; or les articles 1341 et
 « 1834 exigent un acte, donc un écrit dressé conformément
 « aux prescriptions de la loi ; cela nous semble décisif. »

Cette opinion nous paraît inadmissible.

L'article 1834 n'exige pas la rédaction d'un acte écrit pour établir la société, il se borne, comme l'article 1341, à prohiber la preuve testimoniale, lorsque l'objet de la so-

Dalloz, 58, I, 124 ; Orléans, 26 août 1869, Sirey, 70, II, 113, et Dalloz, 69, II, 185. — Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 200 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 69 ; Aubry et Rau, IV, § 378, texte et note 3, p. 549 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 149-152 ; Laurent, XXVI, n° 176.

¹ *Du Contrat de Société*, n° 135.

² XXVI, n° 173.

ciété est d'un intérêt supérieur à cent cinquante francs. Or, si l'associé qui affirme l'existence du contrat de société rapporte un document écrit, quel qu'il soit, signé des parties, établissant l'existence de la société contestée, il prouve l'existence de cette société autrement que par témoins, et par suite il satisfait au vœu de l'article 1834.

Il nous semble d'ailleurs que MM. Pont et Laurent contredisent eux-mêmes leur théorie, en reconnaissant que l'aveu contenu dans un acte écrit, même non fait double, établirait régulièrement l'existence de la société :

« Nous pensons, dit M. Pont, que l'aveu des parties ren-
« fermé dans un acte écrit, bien qu'il n'en constituât pas
« la fin et la cause, vaudrait néanmoins comme preuve
« complète, s'il avait un rapport direct avec ce qui y est
« contenu. »

« Comment l'aveu, dit M. Laurent, se prouve-t-il ? D'après
« le droit commun. Or l'aveu n'est pas un contrat bilatéral ;
« donc il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1325. »

Notre théorie n'aboutit pas à une autre conclusion.

De deux choses l'une en effet.

Ou bien le document écrit, que l'une des parties représente pour établir l'existence du contrat de société, rend seulement vraisemblable l'existence de cette société ; et alors il constitue un commencement de preuve par écrit, comme nous l'avons dit au numéro précédent, et nul ne soutient que le commencement de preuve par écrit doive être fait en double.

Ou bien au contraire le document écrit représenté établit d'une façon absolue l'existence de la société ; et alors il n'est pas seulement un commencement de preuve par écrit, il est une preuve complète, soit parce qu'il renferme un aveu, comme le reconnaissent MM. Pont et Laurent, soit, d'après la formule que nous adoptons, parce qu'il fournit une preuve écrite de l'existence du contrat de société.¹

¹ Paris, 17 avril 1807, Sirey, c. n., II, II, 227 ; Bruxelles, 28 février 1810, Sirey, c. n., III, II, 221 ; Turin, 10 avril 1811, Sirey, c. n., III, II, 472. — Troplong, I, n° 205.

84. — Les sociétés commerciales sont soumises, au point de vue de la forme, à des règles particulières.

L'article 39 du Code de commerce porte « que les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du Code civil. »

Quelle est la portée de ce texte ? Dans quelle mesure déroge-t-il à la règle de l'article 1834 ? Nous nous bornons à signaler la question, qui sort des limites de ce *Traité*, et à renvoyer pour son étude aux commentaires du Code de commerce.¹

Ajoutons que, conformément aux règles de l'ancien droit, notamment à celles de l'Ordonnance de 1673, l'acte constitutif des sociétés de commerce autres que l'association en participation doit, à la différence des actes de société civile, être porté à la connaissance des tiers au moyen de formalités de publicité organisées par la loi commerciale.

85. — Il existe depuis longtemps dans le Jura des sociétés dites *sociétés fromagères*, formées entre le propriétaire de troupeaux de vaches et le propriétaire du chalet où se fabriquent les fromages. Il paraît certain que dans notre ancien droit ces associations, comme beaucoup d'autres, n'étaient soumises à la nécessité d'aucune preuve écrite : cette exception persiste-t-elle encore sous l'empire du Code civil ?

La jurisprudence de la Cour de Besançon a plusieurs fois varié sur cette question.

Un certain nombre d'arrêts, dont le premier remonte à l'année 1842, et dont le dernier, à notre connaissance du moins, est de l'année 1867, décide que cette exception s'est maintenue sous le Code civil, et que ces sociétés peuvent être prouvées sans écrit :

« Attendu, dit l'arrêt de 1842, qu'il est certain que les

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, II, n^{os} 1110 et suiv.; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n^{os} 168 et suiv.

« associations formées pour établir des fromageries dans
« les montagnes remontent aux époques les plus reculées,
« et doivent s'y perpétuer d'une manière indéfinie, puisque
« la conversion du lait des vaches en fromages y est le
« seul mode possible d'exploitation des terres, surtout des
« pâturages qui s'y rencontrent en grand nombre, et dont
« on ne peut tirer avantage qu'au moyen du parcours du
« bétail, à raison de la nature du climat et de la rigueur
« de la température ;

« Que ces associations sont donc fondées sur la nécessité
« et sur un usage immémorial, sur une série non inter-
« rompue de faits semblables qui établissent, en faveur de
« ceux qui en font partie, des intérêts identiques et réci-
« proques ; qu'elles dérivent de la force des choses, ont
« leurs règles particulières, et se continuent d'après un
« consentement tacite et généralement reconnu avec les
« héritiers, après la mort des membres d'une précédente
« association ;

« Que ces caractères qui leur sont propres doivent les
« soustraire à l'application des dispositions du droit com-
« mun, puisque les sociétés ordinaires ne reposent que sur
« des conventions formées en vue de l'industrie et de l'in-
« telligence personnelles, des connaissances spéciales des
« individus, et de leur fortune connue ou présumée ; qu'au
« contraire l'existence de ces associations de fromagerie
« constitue, pour les différents habitants des montagnes,
« une faculté permanente de faire recevoir le lait de leurs
« vaches dans l'endroit destiné à la fabrication des fro-
« mages, et une espèce de communauté préexistante qui
« assure à chacun la possibilité de tirer de ses propriétés
« le seul parti que l'on puisse en obtenir ;

« Que c'est sur la foi de ce mode d'exploitation des pro-
« priétés de ce pays que depuis des siècles des transactions
« sont intervenues, que des achats et des ventes ont été
« consentis parce que les personnes qui y ont figuré ont dû
« compter sur la continuation des anciens usages, qui

« avaient pu seuls faire acquérir une certaine valeur à ces
 « propriétés, valeur qu'elles perdraient infailliblement, si
 « la faculté de faire recevoir leur lait à la fromagerie venait
 « à cesser, et si l'on pouvait d'une manière arbitraire et
 « sans motifs les exclure... »¹

Nous ne pouvons admettre cette doctrine.

Nous sommes loin de contester ni l'ancienneté, ni l'utilité des associations fromagères, ni la distinction que l'on peut établir entre ce genre d'association et les autres sociétés taisibles, ni le grand avantage qu'il y aurait pour la région des montagnes du Jura au maintien de ces associations séculaires, dans la forme où elles se sont toujours constituées.

Mais l'interprète de notre législation moderne ne peut oublier, pour examiner la question que nous discutons, le système général de cette législation, et les dispositions spéciales de l'article 1834.

Les rédacteurs de nos Codes ont voulu faire table rase de la législation et des coutumes antérieures, et, pour arriver à une législation uniforme, ils ont substitué aux règles diverses de chaque région une loi unique, s'étendant à toutes les parties du pays. La valeur de ce système peut être discutable, et il a pour conséquence nécessaire, en rompant brusquement avec le passé, de léser bon nombre d'intérêts privés, tantôt dans une région, tantôt dans une autre : mais, qu'on le discute ou qu'on le justifie par les circonstances dans lesquelles les rédacteurs de nos Codes ont été appelés à remanier la législation française, il est impossible de méconnaître que tel est bien le but et que tel est bien l'esprit de notre loi.

Spécialement en ce qui concerne les anciennes associations, les *sociétés taisibles* éparses dans les diverses parties

¹ Besançon, 28 décembre 1842, Sirey, 46, II, 155, et Dalloz, 47, II, 15. — *Sic*, Besançon, 8 janvier 1851, 25 mars 1857, 11 janvier et 4 décembre 1862, et 12 mars 1867, Sirey, 67, II, 281, et Dalloz, 67, II, 33.

de l'ancienne France, les rédacteurs du Code ont vu lu les supprimer et les ont supprimées. Dédaigneusement qualifiées de « débris de nos institutions gothiques » par le tribunal d'appel de Paris, traitées plus respectueusement par le tribun Gillet, elles ont été nettement abrogées par l'article 1834 : « *toutes sociétés* doivent être rédigées par écrit » ; toutes, par conséquent les associations fromagères comme les autres sociétés taisibles.¹

Cette confusion peut être fâcheuse, nous le reconnaissons, en ce qui touche les sociétés fromagères, et il serait désirable que l'on pût continuer à contracter aussi simplement et aussi facilement qu'on le faisait avant 1804 des associations si utiles, si nécessaires même dans les montagnes du Jura, par les motifs qu'en donne très bien l'arrêt de Besançon de 1842 que nous venons de rapporter.

Mais le remède à cette situation n'est pas dans une interprétation que nous considérons comme erronée du Code civil, il est dans une modification législative. C'est dans le *Code rural*, dont certaines parties sont déjà promulguées, que cette modification trouvera naturellement sa place ; elle a déjà été élaborée, du reste, en 1865, par une commission composée d'administrateurs, de jurisconsultes et de membres des corps électifs du Doubs et du Jura, et l'article 1^{er} du projet de cette commission, dont voici le texte, nous paraît bien concilier le respect dû aux principes de notre législation sur les sociétés et la faveur spéciale que méritent les associations dont nous parlons :

« Les associations fromagères ou fruitières établies dans
 « les départements de l'Est pour la fabrication des fromages
 « dits de Gruyère sont des sociétés civiles et d'une nature
 « spéciale. Elles se constituent avec ou sans écrit, sont re-
 « présentées vis-à-vis des tiers et en justice par leurs gé-
 « rants, et peuvent être prouvées par témoins. »²

¹ Besançon, 23 avril 1845, Sirey, 46, II, 655, et Dalloz, 47, II, 15.
 — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 138 ; Laurent, XXVI, n° 175.

² Voir le projet tout entier dans Dalloz, 1867, II, 33, *Note*.

86. — La règle de l'article 1834, dont nous expliquons la portée, reçoit une application importante, et malheureusement d'une fréquence assez grande, dans le règlement des rapports pécuniaires qui peuvent exister *entre concubins*.

Deux personnes ont vécu ensemble dans des relations illicites : elles ont mis en commun, lorsque ces relations ont commencé, l'avoir qu'elles possédaient l'une et l'autre ; pendant la durée de leurs relations, elles ont travaillé, soit ensemble, soit chacune de leur côté, et ont fait des acquêts avec leurs économies réunies ; lorsque leurs relations viennent à être rompues, soit parce que l'une d'elles vient à mourir, soit parce qu'elles se séparent, peuvent-elles se demander réciproquement le compte et le partage des résultats de leur association ?

Il faut, sans hésitation, répondre qu'il n'y aura de société entre eux que si cette société est établie dans les termes du droit commun, soit au moyen d'un acte écrit, soit à l'aide d'un commencement de preuve par écrit complété par la preuve testimoniale. Admettre qu'il peut exister entre les concubins une société tacite, résultant du seul fait de leur vie commune, ce ne serait pas seulement reconnaître une société taisible, alors que l'article 1834 les a supprimées, ce serait l'admettre dans une hypothèse où la communauté de vie a pour cause des relations illicites, c'est-à-dire dans une hypothèse où nos anciennes coutumes ne l'admettaient pas.

Sans doute les concubins, dont la loi n'a pas à connaître la vie privée, peuvent établir entre eux une société ; mais ils doivent le faire d'après les règles du droit commun, ce qui leur est difficile, à moins qu'ils n'aient perdu tout sentiment de pudeur au moment où leurs relations ont commencé. S'ils ne l'ont pas fait, aucune action en compte, partage et liquidation, n'est recevable entre eux.¹

¹ Paris, 19 août 1851, Sirey, 52, II, 209, et Dalloz, 54, II, 84 ; Bordeaux, 19 mars 1868, Dalloz, 68, II, 222 ; Paris, 13 juin 1872, Sirey, 74, II, 37, et Dalloz, 73, II, 169. — Pont, *Du Contrat de*

Toutefois nous croyons que chacun des concubins pourra réclamer à l'autre, à la condition de justifier de sa propriété suivant les règles du droit commun, les objets qu'il aurait apportés dans l'association illicite dans laquelle ils ont vécu. Nous avons admis cette solution lorsque la nullité d'une société est prononcée à raison de son but illicite.¹ Il doit en être de même dans l'association entre concubins, car cette association, toute immorale qu'elle soit, ne peut avoir pour résultat de faire perdre à l'un ou à l'autre la propriété des objets qu'il possédait, au moment où ces relations ont commencé, ou qu'il a acquis depuis.²

Nous croyons encore que la femme pourrait, sans invoquer aucun lien de société entre elle et l'homme avec lequel elle a vécu, obtenir contre lui le paiement de gages de domestique, si elle a réellement rempli chez lui l'emploi de domestique, et que leurs relations illicites et les promesses à elle faites l'aient empêchée d'en réclamer plus tôt le paiement. Il serait contraire à l'équité que l'homme avec lequel elle a vécu profitât de son travail et s'enrichît à ses dépens. D'un autre côté, elle ne se prévaut en rien de ces relations, dont elle ne parle pas, et elle se borne à alléguer qu'elle a rempli les fonctions de domestique et qu'elle en demande le salaire.³

87. — La prohibition d'établir par témoins l'existence d'une société dont l'objet est d'une valeur supérieure à cent cinquante francs n'existe-t-elle qu'entre les parties ou est-elle applicable aux tiers ?

La question est controversée, et une opinion soutient que les tiers ne peuvent, pas plus que les prétendus associés, être autorisés à établir par témoins l'existence de la

Société, n° 69 et 139 ; Laurent, XXVI, n° 149 et 175. — Voir toutefois Rennes, 19 décembre 1833, Sirey, 52, II, 209, et *Note*.

¹ *Suprà*, n° 58.

² *Compar.* Cassation, 8 mai 1882, Sirey, 84, I, 158.

³ Cassation, 17 mai 1870, Sirey, 70, I, 364.

société. L'article 1834 est absolu, dit-on, et ne distingue pas entre les tiers et les associés. Que l'on n'objecte pas, d'ailleurs, que les tiers n'ont pas pu se procurer de preuve écrite de l'existence de la société avec laquelle ils ont traité, et que, par suite, ils peuvent se prévaloir des dispositions de l'article 1348 : il leur était loisible en effet de refuser de traiter, si on ne leur représentait pas l'acte constitutif de la société, et dès lors ils ne peuvent dire qu'ils ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de l'existence de la société.⁴

Nous croyons plus sûr de décider que les tiers ne sont pas liés par la prohibition de l'article 1834. Ce texte, placé au commencement du titre *De la société*, ne nous paraît avoir d'autre but que d'indiquer aux associés à quelles règles ils devront se conformer, pour que la convention de société qu'ils font soit opposable aux tiers, mais il n'est pas écrit pour les tiers qui traiteront avec la société. Pour ceux-ci, ils doivent veiller à ce que la convention qu'ils font avec les représentants de la société soit régulière en la forme, et puisse être valablement prouvée ; mais ils n'ont pas à se préoccuper de la régularité de la convention de société, et il est vrai de dire qu'ils n'ont pas pu s'en procurer une preuve littérale.

Mais nous croyons qu'il est inutile d'invoquer l'article 1348, et nous estimons que ni l'article 1341, ni par conséquent l'article 1834, qui n'en est qu'une application, ne sont opposables aux tiers qui invoquent l'existence de l'acte de société : ces textes en effet sont relatifs à la preuve des conventions *inter partes*, et indiquent les obligations auxquelles sont soumises les parties contractantes. « Il doit être passé acte », dit l'article 1341 : ce n'est pas aux tiers qu'il donne cet ordre, car ils ne pourraient l'accomplir, c'est aux parties ; et si les tiers sont, à un moment donné, forcés

⁴ Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 76-79 ; Laurent, XXVI, n° 178.

d'établir qu'ils ont réellement traité avec une société, les règles sur la preuve des obligations ne peuvent leur être opposées.¹

88. — La règle de l'article 1834 n'est applicable que si « l'objet de la société » est d'une valeur de plus de cent cinquante francs : que faut-il entendre par ces expressions ?

Voici, selon nous, quel est leur sens : l'objet de la société, c'est, dans l'article 1834, la réunion des apports des associés ; c'est pour constater l'obligation réciproque que les associés ont prise de verser ces apports que l'acte de société a été rédigé ; c'est avec l'ensemble de ces apports que la société fonctionne. L'objet de la société est donc bien la somme de ces apports, de même que l'objet d'une vente est la chose vendue, par rapport à l'acheteur, et le prix, par rapport au vendeur.

D'après M. Duranton, au contraire, l'objet serait la part à laquelle prétend le demandeur soit dans les mises, soit dans les bénéfices :

« L'objet de la société pour le demandeur, dit-il, c'est
 « réellement la part qu'il y prétend ; il serait absurde, par
 « exemple, que si vingt personnes avaient mis en commun
 « chacune dix francs pour une certaine destination, et
 « livré ces sommes à l'une d'elles, aucune ne pût prouver
 « par témoins la convention de société et la réalisation de
 « sa mise, sous prétexte que l'objet de la société, le fonds
 « social, le total des mises, était dans l'origine de plus de
 « cent cinquante francs. Si l'on devait s'attacher à la somme
 « ou valeur des mises, ou du fonds social primitif, il ré-
 « sulterait de là que, dans le cas d'une société entre vous
 « et moi, je pourrais vous demander cinq cents francs, par

¹ Cassation, 23 novembre 1812, Sirey, c. n., IV, I, 230 ; Cassation, 21 mai 1878, Sirey, 79, I, 175, et Dalloz, 78, I, 456. — Tropolong, *Du Contrat de Société*, I, n° 210 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n°s 76-78 ; Aubry et Rau, IV, § 378, texte et note 3, p. 548-549 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 158.

« exemple, et appuyer ma demande sur la seule preuve
 « testimoniale, en prétendant que nos mises n'ont été que
 « de soixante francs seulement chacune, mais qu'il y a eu
 « des bénéfices qui ont élevé le fonds social jusqu'à la va-
 « leur de mille francs, et que vous avez en main ces béné-
 « fices ; or le but de la loi sur la preuve par témoins ne
 « serait-il pas évidemment méconnu ? Au lieu qu'il sera
 « parfaitement atteint si la demande, appuyée sur la seule
 « preuve testimoniale, n'a pas pour objet une valeur excé-
 « dant cent cinquante francs, tout compris, mise et béné-
 « fices allégués, en un mot, la part du demandeur dans
 « les choses prétendues communes et détenues par les
 « défendeurs. »¹

Cette théorie nous semble inadmissible.

Le législateur n'a pas pu, en traçant les règles du contrat de société, subordonner la nécessité d'une preuve écrite aux résultats de la société. Il a dû donner une règle fixe aux associés, leur indiquer dans quel cas ils doivent rédiger par écrit la convention de société, dans quel cas ils peuvent en prouver l'existence par témoins : c'est ce qu'il a fait, selon nous, en indiquant qu'on doit se préoccuper de la valeur de « l'objet de la société », tandis que, dans le système que nous combattons, les associés ne sauront quelles précautions de forme ils doivent prendre qu'une fois la société dissoute.

D'un autre côté, la quotité de la prétention formée par le demandeur, sa part dans les mises et dans les bénéfices n'est pas « l'objet de la société », c'est « l'objet de sa demande » ; et l'article 1834 indique que l'on doit se préoccuper de « l'objet de la société. »

Ajoutons enfin qu'il serait déraisonnable, dans un même contrat de société, de refuser la preuve testimoniale à l'un des associés, et d'admettre l'autre à la faire, suivant que le

¹ XVII, n° 343.

montant de son apport serait inférieur ou supérieur à cent cinquante francs : ce qu'il faut, c'est une règle uniforme, basée sur l'objet de la société au moment où on la contracte, c'est-à-dire sur l'ensemble des apports, sans avoir à se préoccuper ni des bénéfices que la société a pu réaliser, ni du montant de l'apport spécial de l'associé demandeur.¹

¹ Turin, 24 mars 1807, Sirey, c. n., II, II, 217 ; Cassation, 5 janvier 1875, Sirey, 75, I, 72, et Dalloz, 77, I, 39. — Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 202 ; Larombière, *Des Obligations*, V, article 1341, n° 15 ; Aubry et Rau, IV, § 378, texte et note 2, p. 549 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, XXX, n° 34-35 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 145-146 ; Laurent, XXVI, n° 175.

DEUXIÈME PARTIE

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS

89. — Aux termes de l'article 1835, les sociétés sont *universelles* ou *particulières* : c'est une première distinction que nous avons à étudier parmi les sociétés.

Mais il y en a une autre qui n'est pas moins importante, et que nous devons étudier aussi : c'est la distinction des sociétés en sociétés *civiles* et sociétés *commerciales*.

Nous diviserons donc nos explications sur cette partie en trois chapitres :

Chapitre I. — *Des sociétés civiles et commerciales.*

Chapitre II. — *Des sociétés universelles.*

Chapitre III. — *Des sociétés particulières.*

CHAPITRE PREMIER

DES SOCIÉTÉS CIVILES ET COMMERCIALES.

90. — La distinction des sociétés en sociétés civiles et sociétés commerciales est très importante au point de vue pratique. Voici quelques-unes des principales différences qui les séparent, et qui vont montrer l'intérêt de cette distinction.

En premier lieu, la société commerciale, sauf l'association en participation, constitue, dans l'opinion générale, une personne morale, distincte de la personne des associés ;¹ tandis que, au moins dans l'opinion que nous avons adoptée, la société civile ne constitue pas un être moral.²

En second lieu, les sociétés civiles ne sont soumises à aucune forme spéciale, et l'article 1834, qui prescrit la rédaction d'un acte écrit, ne règle qu'une question de preuve.³ Au contraire, les sociétés commerciales sont soumises à des règles particulières quant à la forme.⁴

En troisième lieu, la loi n'a prescrit, pour les sociétés civiles, aucune publicité, tandis que, pour les sociétés commerciales, le Code de commerce, suivant en cela la tradi-

¹ *Suprà*, n° 21.

² *Suprà*, n° 25.

³ *Suprà*, n° 81.

⁴ *Suprà*, n° 84.

tion de notre ancien droit, exige une publicité destinée à informer les tiers non seulement de l'existence de la société, mais des conditions dans lesquelles elle a été créée.¹

En quatrième lieu, dans les sociétés civiles, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, mais seulement pour leur part et portion, aux termes de l'article 1862. Au contraire, dans les sociétés de commerce, les associés en nom collectif sont tenus solidairement des dettes de la société, d'après l'article 22 du Code de commerce.

En cinquième lieu, dans les sociétés civiles, la mort de l'un des associés est toujours une cause de dissolution de la société : c'est la disposition formelle de l'article 1865, 3°. Dans les sociétés commerciales, la mort de l'un des associés n'amène pas dans tous les cas la dissolution de la société.²

En sixième lieu, tandis que la société commerciale peut être déclarée en faillite, ou mise en état de liquidation judiciaire, la société civile ne peut être mise ni dans l'un, ni dans l'autre de ces deux états.³

En septième lieu, dans les sociétés civiles, les actions contre les associés ne sont soumises à aucune prescription spéciale, et demeurent dès lors sous l'empire de la règle générale de la prescription de trente ans. Dans les sociétés commerciales, l'article 64 du Code de commerce limite à cinq ans la durée des actions contre les associés non liquidateurs et contre leurs héritiers.

En huitième lieu, les litiges intéressant les sociétés commerciales sont de la compétence des tribunaux de commerce, tandis que les procès relatifs aux sociétés civiles sont de la compétence des tribunaux de droit commun, des tribunaux civils.⁴

¹ *Suprà*, n° 84.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n° 101 ; Laurent, XXVI, n° 215.

³ Laurent, XXVI, n° 213 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 89.

⁴ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 102.

On voit par ces différences, qui ne sont pas les seules, combien il est important de distinguer la société civile de la société commerciale.

91. — A quel *criterium* faut-il s'attacher pour faire cette distinction ?

Il est certain, d'abord, que l'on ne doit pas s'attacher, pour savoir si une société est civile ou commerciale, à la qualité des associés : des commerçants peuvent très bien faire une société civile, et, réciproquement, des non commerçants peuvent établir entre eux une société de commerce.¹

Il est certain, d'un autre côté, qu'il ne faut pas s'arrêter à la forme que les parties ont donnée à la société. Il arrive souvent que l'on donne à une société civile la forme commerciale, et la validité de cette forme est aujourd'hui hors de discussion ;² mais la société ne devient pas pour cela une société commerciale, pas plus que la qualification de commerçant que se donnerait une personne ne lui attribuerait réellement cette qualité, si d'ailleurs elle ne remplissait pas les conditions exigées pour être commerçant ;

« Attendu, dit très bien un arrêt de la Cour de cassation, « que le caractère civil ou commercial dépend de l'objet « de la société, et non de la forme qu'il a plu aux parties « de lui donner, l'usage qu'elles ont fait d'une forme com- « merciale ne pouvant avoir pour effet de changer la nature « de l'objet de la société, et de transformer en opération « commerciale une opération civile ; que dès lors si les « parties qui, pour constituer une société civile, ont recours « à une forme commerciale, doivent se conformer aux rè- « gles applicables à cette forme, elles restent, en ce qui

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 104.

² Cassation, 13 mai 1857, Sirey, 58, I, 129, et Dalloz, 57, I, 201 ; Cassation, 9 novembre 1858, Sirey, 59, I, 15, et Dalloz, 58, I, 461 ; Cassation, 27 mars 1866, Sirey, 66, I, 211, et Dalloz, 66, I, 428 ; Toulouse, 23 mars 1887, Dalloz, 87, II, 233 ; Caen, 28 mars 1887, Sirey, 88, II, 231 ; Cassation, 12 décembre 1887, Sirey, 88, I, 319 ; Paris, 8 mars 1889, *France Judiciaire*, 89, 106, et Sirey, 89, II, 225.

« concerne au fond leurs droits, sous l'empire des seules « règles applicables aux sociétés civiles. . . . »¹

On devra donc uniquement s'attacher, pour savoir si une société est civile ou commerciale, à son objet : la société a-t-elle pour but de faire des opérations commerciales, elle sera une société de commerce ; elle sera au contraire une société civile si l'objet qu'elle se propose est purement civil. C'est le même *criterium* que l'on suit pour savoir si une personne a ou n'a pas la qualité de commerçante : fait-elle sa profession habituelle de l'exercice d'actes de commerce ? De même pour la société, on examinera si l'objet pour lequel elle est constituée, si les opérations qu'elle se propose de faire ont ou non un caractère commercial, sans se préoccuper ni de la forme que les associés ont donnée à l'acte, ni de la profession habituelle de ces associés.²

C'est à l'aide de ce principe que nous allons examiner un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la question s'est élevée de savoir si la société en litige avait un caractère civil ou commercial.

Nous croyons d'ailleurs, avec M. Pont,³ que la question de savoir si une société est civile ou commerciale est une question de droit, qui peut être déférée à la Cour de cassation. Sans doute il appartient souverainement aux juges du fait d'interpréter la convention des parties, de déclarer que la société a, en fait, tel ou tel objet ; mais, une fois les faits souverainement interprétés, il reste une question de droit qui ressort du domaine de la Cour de cassation, la question

¹ Cassation, 28 janvier 1884, Dalloz, 84, I, 145.

² Paris, 15 février, 17 et 29 août 1868, Sirey, 68, II, 229 ; Cassation, 3 février 1869, Sirey, 69, I, 217 ; Cassation, 21 juillet 1873, Dalloz, 74, I, 127 ; Cassation, 28 janvier 1884, Dalloz, 84, I, 145 ; Orléans, 28 juillet 1887, Sirey, 90, II, 42, et Dalloz, 88, II, 258 ; Cassation, 12 décembre 1887, Dalloz, 88, I, 429, et *Pandectes françaises*, 88, I, 23. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 118 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 92.

³ *Du Contrat de Société*, n° 105.

de savoir si le but de la société ainsi précisé est ou non commercial.¹

92. — La société formée pour l'achat et la revente d'immeubles est une société civile :

« Par leur nature, par leur condition même, dit exacte-
« ment M. Pont, les immeubles résistent à la commercia-
« lité : les formalités et les lenteurs nécessaires pour que
« la propriété en passe et se consolide sur la tête des ac-
« quéreurs étant absolument incompatibles avec la simpli-
« cité, la facilité et la rapidité qui constituent des conditions
« essentielles dans les transactions commerciales. Aussi
« voit-on que pas un des actes, dont les articles 632 et 633
« du Code de commerce contiennent l'énumération, ne se-
« rait applicable aux immeubles. Et, comme ces articles,
« s'ils ne sont pas limitatifs, sont au moins démonstratifs,
« nous nous rangeons sans hésiter à l'opinion dominante,
« laquelle invoque la tradition et tient que les immeubles
« ne sont certainement pas compris et ne peuvent être
« considérés comme rentrant dans les termes *denrées* et
« *marchandises* dont se sert le législateur dans l'article 632
« du Code de commerce. »²

Il en est de même, et par les mêmes raisons, si une société s'est formée pour acheter des immeubles dans le but de les louer : aucune spéculation sur les immeubles, achat et revente, ou achat et location, n'est un acte de commerce.

Nous croyons toutefois que la solution devrait être différente, si l'achat et la revente des immeubles n'étaient pour la société qui les fait qu'une occasion de se livrer à des

¹ *Contrà*, Cassation, 8 janvier 1840, Sirey, 40, I, 19; Cassation, 8 mai 1867, Sirey, 67, I, 313, et Dalloz, 67, I, 225.

² *Du Contrat de Société*, n° 106. — *Sic*, Aix, 22 mai et 27 décembre 1855, Dalloz, 56, II, 108; Bordeaux, 4 août 1856, Dalloz, 57, II, 77; Bruxelles, 18 mars 1879, Dalloz, 84, II, 99. — Laurent, XXVI, n° 228. — *Contrà*, Demangeat, sur Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial*, VI, p. 326; Ollivier, *Revue pratique*, I, p. 241.

spéculations d'un autre genre, d'un caractère évidemment commercial. Ainsi une société achète et revend des terrains, mais elle se livre à des entreprises de démolition et de reconstruction sur les terrains qu'elle achète, elle crée des rues, des ports, etc...; et, pour le fonctionnement de ces diverses entreprises, elle met des traites en circulation d'une manière habituelle et pour des sommes importantes : la société sera une société commerciale, car elle se livre habituellement à des opérations de commerce, à côté de l'achat et de la revente des terrains.¹

93. — La société créée pour la vente des produits d'un fonds est aussi une société civile : l'article 638 du Code de commerce porte en effet que les tribunaux de commerce ne connaîtront pas des actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron « *pour vente de denrées provenant de son cru* ». Cette vente n'est point un acte de commerce, la société qui se propose de faire de ce genre de vente son objet habituel n'a donc pas pour but des opérations de commerce.

L'article 638 ne distingue pas, et nous ne devons pas distinguer entre l'hypothèse où les produits du fonds sont vendus dans leur état naturel, et celle où ils ont été, avant la vente, l'objet d'une préparation ou même d'une transformation par la société sur le terrain de laquelle ces produits sont excrus. Dans les deux cas, l'opération porte principalement sur les produits du sol, et la préparation de ces produits, leur transformation, comme dans l'hypothèse d'une fabrication de sucre, ne constitue qu'un accessoire : l'opération principale, c'est la vente des produits du sol, et elle a le caractère d'un acte civil.²

Les applications de cette idée sont nombreuses. Ainsi on devra considérer comme des sociétés civiles la société formée pour la vente des produits d'une source d'eaux mi-

¹ Cassation, 29 avril 1885, *France Judiciaire*, 85-86, 332.

² Pont, *Du Contrat de Société*.

nérales ;¹ la société ayant pour but la distribution des eaux dans une ville, lorsqu'elle agit comme subrogée aux droits du propriétaire des eaux ;² la société créée pour la conversion en sucre du jus des cannes ou du produit des betteraves excrues sur le sol dont elle est propriétaire ;³ la société ayant pour but l'élevage des chevaux, l'établissement d'un dépôt d'étalons et d'une école de dressage en vue de tirer parti des ressources d'un sol favorable à l'élevage.⁴

Nous retenons, dans ce dernier arrêt, le considérant suivant, qui marque bien la limite qui sépare la société civile de la société commerciale, lorsqu'il s'agit de l'exploitation des produits du sol :

« Attendu que d'après ses statuts la société dite *société hippique du centre* devait avoir pour but une exploitation agricole, en vue de l'élevage des chevaux, de l'établissement d'un dépôt d'étalons, d'une école de dressage et de zootechnie ; que ces diverses entreprises, qui ne consistaient point en des spéculations sur des achats et des ventes, mais dont l'élément principal était la production par les ressources du sol, avaient un caractère purement civil ; *qu'il est possible de supposer, il est vrai, que leur développement aurait pu amener la société à se livrer à certains actes commerciaux ;* mais qu'il n'en a pas été ainsi dans l'espèce. »

94. — Nous trouvons, en matière de société de mines, une application intéressante des principes que nous examinons.

En principe, une société fondée pour l'exploitation d'une mine est une société civile, puisqu'elle a pour but l'explo-

¹ Cassation, 17 mars 1866, Dalloz, 66, I, 428. — *Nec obstat*, Paris, 4 février 1875, Dalloz, 76, II, 185.

² Cassation, 21 juillet 1873, Dalloz, 74, I, 127 ; Cassation, 16 juin 1874, Dalloz, 74, I, 445.

³ Cassation, 12 mai 1875, Dalloz, 76, I, 320.

⁴ Orléans, 28 juillet 1887, Dalloz, 88, II, 258.

tation des produits du sol, du charbon ou du minerai qu'il renferme.¹

C'est ce qui résulte clairement d'ailleurs de l'article 32 de la loi du 21 avril 1810 : « L'exploitation des mines, dit ce texte, n'est pas considérée comme un commerce et « n'est point sujette à patente. »

Cette société ne perd pas son caractère de société civile parce qu'elle se livre, accessoirement, à des opérations de commerce nécessaires à l'exploitation profitable de la mine, telles que la création d'un chemin de fer destiné aux besoins de la mine,² la manutention, le traitement, le magasinage et le transport des minerais,³ la fabrication de briquettes et l'achat de brai ou goudron.⁴ Ces diverses opérations, étrangères à la vente des produits du sol proprement dits, ne sont pourtant que des opérations accessoires à cette vente, et n'ayant d'autre but que de tirer le parti le plus avantageux possible de l'exploitation du sol.

Mais il en serait autrement si cet accessoire devenait le principal, si la société achetait d'autres minerais pour les mélanger avec les siens, si elle se servait de moyens industriels puissants pour la transformation d'une partie de ses produits, qu'en un mot elle devint principalement soit une entreprise de manufactures, soit une société ayant pour but d'acheter pour revendre.⁵

95. — Quel est le caractère de la société constituée pour la recherche de mines et pour l'exécution des travaux

¹ Toulouse, 19 avril 1844, Sirey, 45, II, 18, et Dalloz, 45, IV, 251 ; Paris, 27 février 1878, Dalloz, 78, II, 257 ; Bruxelles, 2 février 1882, Dalloz, 83, II, 1 ; Douai, 23 août 1882 et 24 décembre 1883, Dalloz, 85, II, 105 ; Cassation, 11 juin 1888, Dalloz, 89, I, 293. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 109 ; Laurent, XXVI, n° 226.

² Paris, 8 janvier 1876, Dalloz, 79, II, 99.

³ Paris, 1^{er} avril 1876, Dalloz, 79, II, 99.

⁴ Lyon, 13 février 1878, Dalloz, 79, II, 99. — *Compar.* Cassation, 11 juin 1888, Dalloz, 89, I, 293.

⁵ Colmar, 4 juin 1862, Dalloz, 62, II, 163 ; Dijon, 1^{er} avril 1874, Dalloz, 75, II, 81 ; Cassation, 1^{er} juillet 1878, Dalloz, 79, I, 218.

nécessaires dans ce genre de recherches, fouilles, sondages, creusement de puits, etc.... ?

On fait en cette matière une distinction que nous adoptons tout à fait.

Si la société est constituée par des personnes qui se proposent d'obtenir la concession de la mine, une fois découverte, et de l'exploiter, cette société n'a d'autre but, comme la société d'exploitation elle-même, que la mise en valeur des produits du sol : c'est une société civile.¹

Si au contraire les associés se proposent de céder leurs droits à une société d'exploitation, ou à une personne qui exploitera la mine, cette société n'est en réalité qu'une *agence* de la catégorie de celles prévues par l'article 632 du Code de commerce : elle a pour but une spéculation, et on doit la ranger parmi les sociétés de commerce.²

96. — On doit encore ranger parmi les sociétés civiles les sociétés coopératives de consommation. Les sociétés se proposent bien en effet l'achat de marchandises pour les revendre, mais la revente ne peut avoir lieu qu'au profit des associés, ce qui exclut l'idée d'un acte de commerce ; d'un autre côté l'écart, toujours minime, entre le prix de revient et le prix de vente est distribué aux associés, après prélèvement des sommes nécessaires à la rémunération des employés, ce qui prouve encore que l'achat et la revente n'ont point les caractères d'un acte de commerce.³

97. — Les sociétés d'assurances à *prime* sont certainement des sociétés de commerce : elles ont pour but, en effet, de couvrir l'assuré des risques d'une certaine catégorie qu'il peut courir dans sa personne ou dans ses biens, et cela moyennant le paiement d'une somme déterminée nommée *prime*. La loi commerciale déclare ces assurances *actes de commerce* lorsqu'il s'agit de navires, dans l'article

¹ Rouen, 19 août 1857, Dalloz, 57, II, 183.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n° 110 ; Laurent, XXVI, n° 227.

³ Bourges, 19 janvier 1869, Dalloz, 69, II, 133 ; Paris, 20 mars 1888, Dalloz, 89, II, 289.

633 du Code de commerce, et les raisons de décider sont les mêmes, quel que soit l'objet ou quel que soit le risque assuré : en effet, le caractère aléatoire de l'entreprise et le but évident de spéculation ne changent pas, qu'il s'agisse d'assurances terrestres ou d'assurances maritimes.¹

Quant aux sociétés d'assurances *mutuelles*, la terminologie de la jurisprudence ne nous paraît pas à l'abri de la critique : on lit en effet, dans la plupart des arrêts rendus sur la question, que ces sociétés sont des *sociétés civiles*. Or nous avons essayé de démontrer qu'un élément essentiel à l'existence de toute société, l'intention de faire un bénéfice, manque dans ces associations, dont les membres se proposent seulement de se garantir contre une certaine catégorie de risques.² Si notre théorie est exacte, il est vrai de dire que les associations dites *sociétés d'assurances mutuelles* ne sont pas des sociétés commerciales, et c'est à cette conclusion que la jurisprudence aboutit, mais on ne doit pas les qualifier de *sociétés civiles*, mais de *contrats civils*. Mais dans tous les cas on doit décider, et en cela la jurisprudence a raison, que ce ne sont pas des sociétés commerciales.³

Ajoutons qu'il y a des associations d'assurances mutuelles qui peuvent présenter les caractères non seulement de véritables sociétés, mais de sociétés commerciales : c'est ce qui arrivera si la société, au lieu d'avoir pour unique objet la répartition des pertes entre les associés, a

¹ Cassation, 8 avril 1828, Sirey, c. n., IX, I, 72 ; Grenoble, 18 juillet 1830, Sirey, 31, II, 89 ; Caen, 12 mai 1846, Dalloz, 47, II, 138 ; Cologne, 1^{er} février 1847, Dalloz, 47, II, 142 ; Cassation, 16 juillet 1872, Sirey, 72, I, 277.

² *Suprà*, n° 74.

³ Voir Amiens, 27 août 1858, Sirey, 58, II, 702 ; Cassation, 8 février 1860, Sirey, 60, I, 207 ; Paris, 24 janvier 1865, Sirey, 65, I, 153 ; Paris, 23 mars 1873, Dalloz, 75, II, 17 ; Cassation, 3 juillet 1877, Sirey, 77, I, 417 ; Paris, 30 mars 1878, Sirey, 78, II, 171 ; Cassation, 28 décembre 1886, Dalloz, 87, I, 311, et *Pandectes françaises*, 88, I, 198 ; Dijon, 8 juin 1889, *France Judiciaire*, 90, 54.

aussi pour but des opérations commerciales, par exemple, l'exécution de travaux dont elle prend le forfait, ou qu'elle charge des entrepreneurs d'exécuter pour son compte. Quoique qualifiée société d'assurances mutuelles, la société se propose des opérations commerciales, en outre de la répartition des pertes entre les assurés ; c'est donc une société commerciale.¹

98. — Ne faut-il pas aller plus loin, et déclarer commerciale la convention d'assurances mutuelles, lorsqu'elle intervient entre commerçants à propos de l'exercice de leur profession, par exemple lorsque des commerçants s'assurent contre les pertes d'argent qu'ils peuvent éprouver dans l'exercice de leur profession ?

La question est discutée, et la négative a été jugée par un certain nombre d'arrêts. Voici notamment les motifs donnés à l'appui de cette thèse par un arrêt de la Cour de Paris du 20 avril 1886 :

« Considérant que la compagnie l'*Assurance commerciale* « contre les pertes d'argent éprouvées sur les crédits est « une société mutuelle à cotisations fixes ; qu'elle n'a point « pour objet de réaliser des bénéfices à l'aide de sommes « d'argent mises en commun ; qu'elle constitue une so- « ciété civile, et que les engagements de ses membres ont « un caractère exclusivement civil ; que, par conséquent, « il n'importe que ses adhérents soient des commer- « çants... »²

Nous croyons tout à fait que l'on doit adopter l'opinion contraire, très bien défendue en particulier par M. Lyon-Caen.³

Il importe d'abord d'éviter une confusion dans laquelle

¹ Cassation, 23 octobre 1889, Dalloz, 89, I, 474. — *Compar.* les arrêts cités à la note précédente.

² Paris, 20 avril 1886, Sirey, 87, II, 121. — *Sic*, Paris, 28 mars 1857, Sirey, 58, II, 197 ; Cassation, 8 février 1860, Sirey, 60, I, 207 ; Paris, 4 février 1886, Sirey, 87, II, 121.

³ *Note*, Sirey, 1887, II, 121.

tombent les arrêts qui adoptent le système que nous combattons. Il ne s'agit pas de savoir si une association d'assurances mutuelles est une société : les associés ne se proposant pas de faire un gain, mais seulement d'éviter des pertes, nous avons dit et nous venons de rappeler au numéro précédent que l'un des éléments essentiels de la société fait défaut. Il est donc vrai de dire, avec ces arrêts, que ces associations d'assurances ne sont pas des sociétés commerciales ; mais c'est à tort, à notre avis, que ces arrêts ajoutent qu'elles sont des sociétés civiles.

La question n'est donc pas de savoir si de telles conventions constituent des sociétés civiles ou commerciales, elles ne sont, selon nous, ni l'un ni l'autre. Mais cette assurance mutuelle, faite par un commerçant pour les besoins de son commerce, n'est-elle pas un *acte de commerce* ? Telle est l'unique question à résoudre, et nous croyons que M. Lyon-Caen donne la vraie raison de décider en appliquant à cette espèce la théorie de l'accessoire : l'assurance mutuelle émane de commerçants, elle est faite à propos de l'exercice de leur profession, puisqu'elle a pour but de les garantir soit contre les dangers qui résultent des crédits qu'ils sont forcés de faire, soit contre les risques de la faillite, etc... ; elle est donc un acte de commerce, puisqu'elle est un acte accessoire à l'exercice de leur profession de commerçants.¹

La question présente même un autre aspect : faut-il que l'assurance mutuelle, pour être un acte de commerce, émane de deux commerçants, ou ne suffit-il pas qu'elle soit faite par un commerçant, même à propos de l'exercice de sa profession avec un non commerçant ? Nous nous bornons à signaler cet aspect de la question, qui est complètement en dehors du sujet de notre *Traité*, et à renvoyer aux développements que fournit M. Lyon-Caen dans la *Note* précitée.

¹ Paris, 18 décembre 1885, Sirey, 87, II, 121. — Lyon-Caen, *Note* précitée.

99. — La jurisprudence et la doctrine s'accordent à décider que les sociétés formées pour la direction d'une maison d'éducation ne sont pas des sociétés commerciales, mais qu'elles sont des sociétés civiles :

« On ne *peut*, dit M. Pont, qu'approuver la jurisprudence
 « qui tient comme purement civile la société formée pour
 « la direction d'une maison d'éducation. En effet, les maî-
 « tres de pension ne sont pas des commerçants ; ils ne
 « spéculent pas ; et, s'ils livrent à leurs élèves certaines
 « fournitures, c'est accessoirement, comme condition même
 « de leur noble profession ; ce n'est pas une entreprise de
 « leur part, le but unique qu'ils doivent se proposer étant
 « l'éducation de la jeunesse. Ce serait donc rabaisser et
 « matérialiser, en quelque sorte, le rôle de ceux qui se
 « vouent à l'enseignement, que rattacher l'idée de spécu-
 « lation à leurs soins et à leurs efforts dans l'accomplisse-
 « ment de leur mission élevée. Cela ne touche évidemment
 « par aucuns côtés aux pratiques commerciales ; et, par
 « cela même, il est vrai de dire que la société formée en
 « vue d'accomplir une telle mission ne saurait à aucun
 « titre avoir un caractère commercial. »¹

Nous ferons à cette doctrine les mêmes critiques que nous avons faites à propos des contrats d'assurances mutuelles. Nous reconnaissons bien volontiers, avec MM. Pont et Laurent, que toute idée de commercialité est étrangère à ceux qui se vouent à l'enseignement, et qui se consacrent à la tâche si noble et si élevée de donner ou de faire donner l'éducation à la jeunesse : ceux qui se proposent comme but, dans l'accomplissement de ce rôle si grand, l'occasion de faire un gain, constituent fort heureusement de rares exceptions, flétries à juste titre par l'opinion publique.

Mais, précisément parce qu'il en est ainsi, et parce que nous sommes d'accord avec l'opinion que nous combattons

¹ *Du Contrat de Société*, n° 115. — *Sic*, Paris, 23 juillet 1852, Dalloz, 54, II, 102. — Laurent, XXVI, n° 229. — *Compar.* Paris, 11 juillet 1829, Sirey, c. n., IX, II, 299.

sur le but que poursuivent les sociétés d'éducation, nous admettons avec elle qu'elles ne sont pas des sociétés commerciales, mais nous ne pouvons admettre qu'elles soient des sociétés civiles.

Nous l'avons dit et nous n'avons pas à y revenir, notre législation française moderne se fait de la société une conception très étroite : il n'y a pas de société civile là où on ne se propose pas comme but de faire un bénéfice au moyen des apports mis en commun, ce qui exclut les associations religieuses, scientifiques, littéraires, etc...¹ ce qui exclut aussi, et par le même motif, du cadre des sociétés civiles les sociétés d'éducation. Nous regrettons cette solution, mais nous croyons qu'elle s'impose dans l'état de notre législation.

Mais, si les conventions de ce genre ne constituent pas un contrat de société, elles n'en sont pas moins licites, et elles vaudront comme contrat innommé, suivant les principes que nous avons déjà exposés à propos des sociétés d'agrément.²

100. — Ce *Traité* est restreint, comme nous l'avons dit,³ à l'étude des sociétés civiles : mais il résulte de l'article 1873 et de l'article 18 du Code de commerce que les règles de ces sociétés sont applicables aussi aux sociétés de commerce, sur les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce ; ce qui augmente encore l'intérêt qui s'attache à l'examen de notre législation sur les sociétés civiles.

¹ *Suprà*, n° 28.

² *Suprà*, n° 69.

³ *Suprà*, n° 2.

CHAPITRE II

DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

101. — Il y avait, en droit Romain, deux sortes de sociétés universelles : la société de tous biens, *societas omnium bonorum*, et la société de tous gains, *societas omnium quæ ex quæstu veniunt*.

La première espèce, *societas omnium bonorum*, comprenait tous les biens présents et à venir des associés, même ceux qu'ils pourraient acquérir à titre gratuit, et il n'y avait d'exception que pour les gains provenant d'actes illicites ; et, réciproquement, la société était chargée de toutes les dettes, présentes et à venir, des associés. Ces sociétés paraissent avoir été fréquentes en droit Romain, et même, d'après une opinion très vraisemblable, elles auraient été les plus anciennes.¹

Quant à la société de tous gains, elle ne comprenait ni les biens présents des associés, ni ceux qu'ils acquéraient à titre gratuit pendant la durée de la société ; elle se bornait aux revenus de leurs biens, aux produits de leur travail et aux acquisitions à titre onéreux qu'ils faisaient pendant la durée de la société ; et, quant aux dettes, elle ne supportait que les dettes corrélatives aux biens dont elle profitait.²

¹ Accarias, *Précis de droit Romain*, n° 623.

² Accarias, *Op. et Loc. citat.*

Notre ancien droit admettait aussi ces deux sortes de sociétés, avec une étendue analogue à celle que leur assignait le droit Romain, et on sait que les sociétés universelles étaient très fréquentes au moyen-âge :

« La société universelle de tous les biens, dit Domat, « comprend tout ce qui peut appartenir, ou qui pourra être « acquis aux associés par quelque cause que ce puisse être. « Car l'expression générale de tous les biens n'en exclut « aucun. Et les successions, les legs, les donations, et toute « autre sorte d'acquisitions et de profits y sont compris, si « on ne les réserve... »

« Une société de gains et de profits ne comprend pas les « successions, les legs, les donations, soit entre vifs, soit « à cause de mort, ni ce qui pourrait être acquis aux asso- « ciés d'ailleurs que de leur industrie, ou des fonds qu'ils « auraient mis en société... Et cette société ne comprend « pas non plus les dettes actives des associés, si ce n'est « celles qui seraient provenues des affaires ou commerce « de la société. »¹

102. — Lors de la rédaction du Code civil, le projet du Gouvernement n'admettait que la société universelle de gains et prohibait la société universelle de biens. L'article 8 du titre XIV, correspondant à l'article 1836, était ainsi conçu :

« La loi ne reconnaît que la société universelle de gains, « et prohibe celle de tous biens présents et à venir ; sauf « la communauté conjugale, dont les règles sont établies « au titre *Du Contrat de mariage et des droits entre époux*. »²

Le tribunal d'appel de Paris demanda le rétablissement de la société universelle de biens par un singulier motif :

« Nous croyons que ces articles vont trop loin. Il y a des « personnes qui ont si peu, qu'en réunissant *tout* leur avoir « présent et futur, elles trouvent encore difficilement de « quoi sustenter leur faible existence. Combien n'en a-t-on

¹ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section III, § 3 et 4. — *Sic*, Pothier, *Du Contrat de Société*, n^{os} 28, 29 et 43.

² Fenet, II, p. 371.

« pas vu que le malheur des temps avait réduits à cet état,
 « quoique nés avec de la fortune, et accoutumés à une vie
 « aisée ! La loi doit se prêter à toutes les situations ; elle
 « doit s'adapter à tous les besoins que les circonstances
 « peuvent amener, et n'en contrarier aucun. »¹

Il ne fut fait droit qu'en partie à cette demande dans le projet définitif, et, si les articles 1836 et 1837 rétablissent la société universelle de biens, ils la limitent aux *biens présents* et à la jouissance des biens à venir ; et l'article 1837 déclare nulle toute stipulation tendant à faire entrer dans la société la propriété des biens qui adviendraient aux associés par donation, succession ou legs.

Voici comment M. Treilhard justifie cette restriction aux règles anciennes sur la société universelle de biens :

« Si les actes de société, dit-il, peuvent déguiser des ac-
 « tes de donation, la prohibition de comprendre les biens à
 « venir dans ces derniers doit entraîner, par une consé-
 « quence inévitable, la prohibition de les comprendre dans
 « les premiers.

« S'il doit y avoir une égalité de mises dans la société,
 « dans quelle classe pourrait-on ranger celle qui se forme-
 « rait entre deux hommes, aujourd'hui peut-être égaux en
 « fortune, mais dont l'un n'aurait aucune perspective d'aug-
 « mentation pour la sienne, pendant que l'autre aurait des
 « perspectives immenses, prochaines, immanquables ! Et
 « peut-on se dissimuler que dans ce cas l'égalité ne serait
 « qu'apparente, mais que l'inégalité serait monstrueuse ?

« Enfin il faut que tout ce qui entre dans la société au
 « moment où elle se forme puisse être connu et apprécié :
 « c'est le seul moyen d'assurer une répartition de profits
 « proportionnée aux apports, et de se soustraire aux désas-
 « treux effets d'une société léonine ou quasi-léonine.

« Nous n'avons pu voir dans la société des biens à venir
 « aucun avantage réel qui pût compenser les inconvénients

¹ *Observations du tribunal de Paris, Fenet, V, p. 280.*

« qu'elle entraînerait après elle, et nous avons prévenu en
 « la prohibant les surprises et les fraudes dont elle serait
 « presque toujours suivie. »¹

Notons que le Code civil néerlandais a reproduit la prohibition que contenait le projet du Gouvernement à propos des sociétés universelles de biens. L'article 1658 est en effet ainsi conçu :

« La loi ne reconnaît que la société universelle de gains :
 « elle prohibe toute autre société de biens, soit universelle,
 « soit à titre universel, sauf les dispositions énoncées aux
 « septième et huitième titre du premier livre de ce Code
 « (Titres relatifs aux conventions matrimoniales). »²

103. — Au point de vue législatif, nous croyons que le système de notre Code civil est bon.

Nous pensons d'abord qu'on a bien fait de se départir de la rigueur du projet du Gouvernement, et de permettre la société universelle de biens. Nous n'invoquerons pas le motif bizarre donné par le tribunal de Paris : si les associés n'ont pas « de quoi sustenter leur faible existence » avec tout leur avoir présent ou futur, une société universelle ne va pas les enrichir, et il semble qu'une société universelle de gains ferait aussi bien l'affaire de ces associés besogneux. Mais notre raison de décider est la grande règle de la liberté des conventions : que les associés soient riches ou pauvres, du moment où ils croient trouver une augmentation de fortune dans la mise en masse de leur avoir en vue d'un travail commun, à quel titre le législateur les en empêcherait-il ?

Nous savons bien que ce genre de société n'est guère dans nos mœurs, et que les parties ne profitent pas souvent, en France du moins, de la liberté d'association universelle que les lois leur laissent ; mais nous n'irons pas jusqu'à dire, avec M. Laurent, que « les sociétés sont parti-

¹ *Exposé des Motifs au Corps législatif*, Fenet, XIV, p. 397.

² *Traduction Tripels*, p. 274-275.

« culières de leur nature. »¹ L'histoire de ce contrat est là pour contredire l'assertion de M. Laurent, et le grand nombre des sociétés universelles en droit Romain et dans notre ancien droit prouve que la nature du contrat de société ne répugne nullement à la mise en commun de tous les biens des associés.

Mais la vérité est que nos mœurs actuelles y répugnent, et nous nous associons volontiers aux observations suivantes de M. Duvergier, aussi exactes aujourd'hui qu'en 1839, époque où il les faisait :

« ... Il n'y a, dit-il, que des gens unis par les liens
« d'une étroite amitié, d'une intime confiance, qui puissent
« songer à contracter une société universelle. C'est d'une
« société de cette espèce qu'il est vrai de dire, avec Ulpien,
« qu'elle a quelque chose de la fraternité. L'époque où
« nous vivons, et les doctrines qui la gouvernent ne sont
« guère favorables à la formation et à la durée de ces
« contrats, dont l'affection réciproque des parties est la
« source, et qui doivent se rompre le jour où s'éteint la
« sympathie. »²

Et nous ajouterons avec lui :

« ... A moins de modifications fort invraisemblables
« dans l'opinion et dans les mœurs, leur nombre ne doit
« pas s'accroître à l'avenir. »

Nous approuvons d'ailleurs tout à fait la prohibition de faire entrer dans la société universelle les biens à venir : il y a dans le contrat ainsi formé un caractère d'*alea* peu compatible avec les principes de la société, et c'est avec raison que M. Treilhard disait que les avantages de cette stipulation n'en compensent pas les inconvénients. C'est à bon droit aussi que M. Treilhard a signalé le danger de pareilles sociétés, qui permettraient facilement d'éluder la prohibition des donations de biens à venir.

¹ XXVI, n° 231.

² *Du Contrat de Société*, n° 87.

104. — Si la société porte à la fois sur les biens présents et les biens à venir des associés, le contrat est nul pour le tout, et non pas seulement pour les biens à venir. Il y a dans le contrat une condition illicite, celle de faire entrer dans la société les biens à venir, et, aux termes de l'article 1172, ces conditions ne sont pas réputées non écrites dans les conventions à titre onéreux, mais elles annulent la convention. D'un autre côté, l'un ou l'autre des associés n'a évidemment consenti à mettre en société ses biens présents que parce que l'autre y mettait ses biens à venir, et ce serait aller contre la volonté des contractants que de scinder le contrat, et de le déclarer valable pour une partie seulement.¹

105. — Les dénominations employées par le Code pour désigner les deux classes de sociétés qu'il reconnaît, *société de tous biens présents*, et *société universelle de gains*, ne sont pas très exactes.

En effet, la société de tous biens présents peut comprendre des biens à venir, pourvu qu'ils n'échoient pas aux associés par succession, donation ou legs. D'un autre côté, la société universelle de gains comprend autre chose que des gains, puisque, aux termes de l'article 1838, les meubles que chaque associé possède au moment du contrat y sont aussi compris.²

Quoiqu'il en soit de cette inexactitude de rédaction, nous étudierons ces deux catégories de sociétés dans l'ordre où le législateur s'en occupe. Nous diviserons donc comme il suit nos explications sur le chapitre II :

I. — *De la société de tous biens présents.*

II. — *De la société universelle de gains.*

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 276 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 103 ; Aubry et Rau, IV, § 379, texte et note 3, p. 552 ; Larombière, *Traité des Obligations*, article 1172, n° 52 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 188 ; Laurent, XXVI, n° 234.

² Aubry et Rau, IV, § 379, texte et note 1, p. 552.

SECTION I

De la société de tous biens présents.

106. — Aux termes de l'article 1837, 1, la société de tous biens présents est celle « par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent *actuellement*, et les profits qu'elles pourront en tirer. »

Telle est aujourd'hui la composition normale de l'ancienne société *universorum bonorum* du droit Romain et de notre ancien droit : par les motifs que nous avons indiqués plus haut, elle est réduite aux biens « possédés actuellement » par les associés.

Quel est le sens de ces mots, « *possédés actuellement* », que l'article 1837 emploie ? Evidemment le mot « *possédés* » n'exprime pas d'une façon précise la pensée du législateur, car ce n'est pas au fait de la « possession » d'un bien par l'un des associés qu'il faut s'attacher pour le faire entrer en société, mais de sa possession « à titre de propriétaire. » La société de tous biens présents se compose de tous les biens, meubles et immeubles, dont les associés sont *propriétaires* au moment du contrat de société : voilà, à notre avis, la formule qu'il eût fallu prendre dans l'article 1837, 1, pour qu'elle indiquât exactement la portée de la loi.

Peu importe d'ailleurs que le droit de propriété de l'associé soit un droit de propriété pur et simple, définitif, ou

un droit de propriété conditionnel : lors même que la condition ne s'accomplirait qu'au cours de la société, du moment où le droit existait sous condition lors du contrat, l'associé est réputé, par l'effet rétroactif de la condition, avoir été propriétaire du jour où la société s'est formée, et le bien ainsi acquis entrera en société.¹

Toutefois, s'il s'agit d'immeubles, le mot « *possédés* » dont nous venons de critiquer l'emploi dans l'article 1837 n'est pas sans utilité, dans l'hypothèse où l'un des associés serait en voie de prescrire un immeuble au moment de la société. A ce moment il n'en est pas propriétaire, mais il en a la possession, et cela suffit pour que l'immeuble appartienne à la société, le jour où la prescription sera accomplie.

Des questions analogues naissent, du reste, dans la matière du contrat de mariage, à propos des articles 1402 et 1404, qui emploient aussi les expressions de « posséder » et de « possession légale » ; et nous ne pouvons que renvoyer aux développements que nous avons fournis à propos de ces textes.²

107. — L'article 1837, 2, ajoute que les associés peuvent comprendre dans la société toute autre espèce de gains : ce texte n'exclue parmi les biens à venir, comme nous l'avons dit, que ceux qui pourraient advenir aux associés par succession, donation ou legs, mais ces biens ne pourront entrer dans la société que pour la jouissance.

On s'est demandé, à ce propos, si la jouissance des biens qui adviennent aux associés par succession, donation ou legs, entrerait de plein droit dans la société de tous biens présents, ou s'il fallait une clause formelle de l'acte de société pour que cette jouissance appartînt à la société ?

Une opinion soutient que cette attribution à la société a lieu de plein droit, sans qu'il y ait besoin de stipulation :

¹ *Compar. Pont, Du Contrat de Société, n° 171 ; Laurent, XXVI, n° 235.*

² *Voir notre Traité du Contrat de Mariage, I, n° 443 et suiv.*

« La raison de décider, dit M. Duranton, se tire de ce
 « que l'on n'a entendu déroger à l'ancien droit que relati-
 « vement à la propriété des biens advenus aux associés
 « par succession, donation ou legs durant la société, et
 « non quant à la jouissance de ces mêmes biens ; et de
 « même que les fruits des immeubles advenus aux époux
 « par ces voies pendant le mariage tombent dans leur
 « communauté, quoique les biens eux-mêmes n'y tombent
 « pas, du moins de droit commun, de même les fruits des
 « biens échus aux associés durant la société, et qui leur
 « demeurent propres aussi, doivent pareillement entrer
 « dans leur société. Tel est, en effet, l'esprit d'une société
 « universelle. Cela est d'ailleurs confirmé par la rédaction
 « de la seconde partie de notre article, qui, après avoir dit
 « que les parties peuvent comprendre dans leur société
 « toute autre espèce de gains, ajoute : mais les biens qui
 « pourraient leur advenir par succession, donation ou legs,
 « n'entrent dans cette société que pour la jouissance. Donc
 « ils y entrent pour cela ; ils y entrent sans qu'il y ait be-
 « soin d'une stipulation à cet égard.

« Il paraîtrait d'ailleurs bien étrange que les immeubles
 « présents des associés fissent partie, de droit commun, de
 « cette société, et que les fruits de leurs simples meubles
 « futurs en fussent exclus, à moins d'une convention par-
 « ticulière ; car il faudrait aller jusque-là pour être consé-
 « quent. Aussi nous ne pensons pas que telle ait été, le
 « moins du monde, la pensée des auteurs du Code. »¹

Nous croyons qu'il faut repousser cette opinion.

Les rédacteurs du Code ont profondément modifié la
 société universelle : à la société *universorum bonorum* des
 jurisconsultes romains ils ont substitué une société *de tous
 biens présents*, et la société de tous biens présents, par son
 intitulé même, ne comprend pas les fruits des biens à ve-
 nir. Il n'y a aucun argument à tirer, en ce point, des règles
 anciennes sur la composition de la société.

¹ XVII, n° 351. — *Sic*, Aubry et Rau, IV, § 379, p. 352.

D'ailleurs l'économie de l'article 1837 nous semble trancher la question : le paragraphe premier indique quels biens la société de tous biens présents comprend de droit, le paragraphe deuxième quels biens « les parties *peuvent aussi y comprendre* », et c'est alors que le texte parle de la jouissance des biens qui peuvent échoir aux associés par succession, donation ou testament, les assimilant ainsi aux gains de toute sorte que les associés peuvent faire entrer en société.¹

108. — Quelles sont les dettes des associés qui demeurent à la charge de la société de tous biens présents ?

Dans notre ancien droit, de même que, au point de vue actif, la société comprenait tous les biens présents et à venir des associés, de même, au point de vue passif, elle était grevée de toutes leurs dettes, présentes et à venir.

« Cette société, dit Pothier, renfermant tous les biens « présents et à venir des associés, elle doit pareillement « renfermer et supporter toutes les charges desdits biens, « tant présentes que celles à venir. C'est pourquoi cette « société doit être tenue, non seulement de toutes les dettes « dont chacun des associés était débiteur lorsqu'ils ont « contracté la société,..... elle doit aussi être tenue de toutes les dépenses que chacun des associés sera obligé de « faire durant la société, ces dépenses étant une charge « à venir de tous ses biens présents et à venir ». »²

Comme exemple de ces dettes, Pothier cite les aliments que l'associé doit fournir à lui-même et aux siens, les frais d'éducation de ses enfants, et même les dettes qu'il ferait pour leur procurer un établissement par mariage ou autrement : toutefois ce dernier point était controversé.³

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 276 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 93 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 170 ; Laurent, XXVI, n° 236.

² *Du Contrat de Société*, n° 37.

³ *Contrà*, Domat, *Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section III, § 11.

Le changement dans la composition active de cette société doit entraîner un changement dans la détermination des dettes qui sont mises à sa charge.

Quant aux dettes présentes des associés, celles qui existent au moment où la société est constituée, il n'y a aucune modification : puisque la société profite de tous les biens présents, elle doit être chargée de toutes les dettes présentes, pour le capital et pour les intérêts.¹

Pour les dettes que les associés contracteraient ou qui tomberaient à leur charge, pour une cause quelconque, pendant la durée de la société, eu principe, elles sont à la charge personnelle des associés, non seulement pour le capital, mais aussi pour les intérêts. Ces dettes, qui naissent après la constitution de la société, ne peuvent grever après coup des biens qui sont entrés dans la société nets de charges.¹

Une première exception doit être apportée à ce principe pour les dettes grevant les successions, donations ou legs recueillis par les associés pendant le cours de la société, lorsqu'il a été stipulé que les biens provenant de ces causes entreraient dans la société pour la jouissance ; alors les intérêts des dettes qui grèvent ces biens seront à la charge de la société, qui doit payer le passif des associés dans la mesure où elle profite de leur actif.

Nous croyons, en second lieu, avec M. Pont, que les dettes nées pendant la durée de la société, à propos des biens apportés en société, doivent être à la charge de la société : c'est toujours l'application du même principe, que la société doit supporter les dettes des associés dans la mesure où elle prend leurs biens, et, comme elle profite des biens qui lui ont été apportés, elle doit supporter les dettes qui naissent à l'occasion de ces biens.

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, 1, n° 277 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 98 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 179-181 ; Laurent, XXVI, n° 237.

SECTION II

De la société universelle de gains.

109. — L'article 1838 indique quels sont les biens qui entrent dans la composition de cette société :

« La société universelle de gains renferme tout ce que
« les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre
« que ce soit, pendant le cours de la société : les meubles
« que chacun des associés possède au temps du contrat
« y sont aussi compris ; mais leurs immeubles personnels
« n'y entrent que pour la jouissance seulement. »

Il y a donc trois éléments qui concourent pour former l'actif de cette société : les meubles que chacun des associés possède au moment du contrat, les biens qu'ils acquerront par leur industrie pendant le cours de la société, et la jouissance de leurs immeubles personnels ; composition qui, comme nous l'avons déjà dit, n'est guère en harmonie avec le nom de la société, société universelle *de gains*.

Le droit Romain, plus logique, n'y comprenait que les produits de l'industrie des associés et la jouissance de leurs biens,¹ mais notre ancien droit y avait ajouté la propriété de leurs meubles présents. L'article 214 de la coutume d'Orléans notamment s'exprimait ainsi :

« Laquelle société, si elle n'est limitée, sera seulement

¹ L. 7 à 13, D., *Pro socio* (XVII, II).

« entendue de tous les biens meubles et conquêts immeubles faits par lesdites parties durant la société. »

Le Code civil a maintenu cette règle de notre ancien droit ; et elle contribue beaucoup à empêcher la formation de pareilles sociétés, étant donné le développement de la fortune mobilière à notre époque, et les inégalités qui résulteraient nécessairement de cette composition.

110. — La société comprend, disons-nous, les biens provenant « *de l'industrie* » des associés pendant le cours de la société : ce qui restreint les droits de la société aux biens acquis avec les profits du travail manuel ou intellectuel des associés :

« *Quæstus enim intelligitur, disait la loi Romaine, qui ex operâ cujusque descendit.* »¹

Il suit de là que ce qui arrive aux associés par « don de fortune », ou par le résultat d'une action coupable ou honteuse n'entre pas en société.

Quant à la jouissance des immeubles dont la société profite, une opinion veut limiter les droits de la société à la jouissance des immeubles que les associés possédaient au moment de la formation de la société, et en exclure les revenus des immeubles qui adviennent aux associés au cours de la société. Mais nous croyons que cette opinion doit être rejetée, par un double motif : le premier, c'est que l'article 1838 ne distingue pas, et parle « des immeubles personnels », sans restreindre les droits de la société aux immeubles personnels existant lors du contrat ; le second, c'est que nous ne voyons pas de motif raisonnable de distinguer entre les revenus des immeubles présents et les revenus des immeubles futurs ; les uns et les autres ont le même caractère de « gains », et doivent entrer au même titre dans la société.²

¹ L. 8, D., *Pro socio* (XVII, II).

² Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 106 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 202 ; Laurent, XXVI, n° 238.

111. — Quelles dettes des associés vont être à la charge de la société universelle de gains ?

Dans notre ancien droit, on y faisait entrer les dettes mobilières dont les associés étaient grevés au moment de la formation de la société :

« Notre droit coutumier, dit Pothier, faisant entrer dans
« cette société les biens meubles que les conjoints avaient
« lorsqu'ils l'ont contractée, c'est une conséquence que
« cette société doit être tenue de toutes les dettes mobilières
« dont ils étaient alors débiteurs ; les dettes mobilières,
« suivant les principes de notre ancien droit français, devant
« suivre le mobilier et en étant une charge. »¹

Une opinion, soutenue par la majorité des auteurs, enseigne qu'il faut encore suivre ce système. Dans le silence des textes, on doit supposer, dit-on, que les rédacteurs du Code ont entendu maintenir la règle traditionnelle, qui a d'ailleurs été maintenue dans une hypothèse analogue, en matière de communauté légale, par l'article 1409, 1.²

Nous croyons qu'il vaut mieux décider que les dettes des associés au moment de la création de la société seront supportées par la société et par l'associé, proportionnellement à la valeur comparée des meubles et des immeubles que l'associé possédait à ce moment. Ce système est beaucoup plus équitable, et le mode de répartition de notre ancien droit ne peut produire aucun bon résultat aujourd'hui, alors que toutes les dettes, on peut le dire, sont mobilières.³ Il est vrai que l'article 1409 maintient ce système pour la communauté légale; mais comme aucun texte analogue ne nous oblige à le faire pour la société, nous préférons suivre la répartition proportionnelle qui est beaucoup plus juste, et que l'article 1414 admet, sous le régime de la communauté

¹ *Du Contrat de Société*, n° 52.

² Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 295; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 111; Laurent, XXVI, n° 239.

³ *Compar. notre Traité du Contrat de Mariage*, II, n° 578.

légale, pour les dettes des successions échues à l'un des époux.¹

112. — Il est hors de doute que les intérêts des dettes des associés sont à la charge de la société, puisqu'elle a la jouissance de tous les biens des associés dont elle n'a pas la propriété.

Quant au principal des dettes que l'associé contracterait pendant la durée de la société, il demeure à la charge personnelle de celui-ci, à moins que la dette n'ait été contractée dans l'intérêt de la société, auquel cas c'est la société qui en sera tenue.²

113. — L'article 1839 décide que si les associés ont fait une convention de société universelle, sans autre explication, il n'y aura entre eux qu'une société universelle de gains. Cette interprétation de la volonté des parties était aussi celle du droit Romain³ et de notre ancien droit.⁴

« Toute convention, disait le tribun Boutteville, qui tend
« à exproprier devant être entendue dans le sens le plus
« étroit, la simple convention de société universelle faite
« sans autre explication n'emportera qu'une société uni-
« verselle de gains. »⁵

114. — Rappelons, en terminant la matière de la société universelle, qu'elle exige une capacité spéciale chez les associés, aux termes de l'article 1840. Nous avons dit en effet, en expliquant ce texte, que la société universelle ne pouvait avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de donner et de recevoir, et qu'en outre, s'il en résultait un avantage au préjudice des droits des héritiers réservataires, cet avantage devait être réduit à la quotité disponible.⁶

¹ Bugnet, sur Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 52, note 3; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 206.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n° 209.

³ L. 7, D., *Pro socio* (XVII, II).

⁴ Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 43.

⁵ *Rapport au Tribunal*, Fenet, XIV, p. 407.

⁶ *Suprà*, n° 40.

CHAPITRE III

DES SOCIÉTÉS PARTICULIÈRES.

115. — Les articles 1841 et 1842 indiquent ce qu'il faut entendre par une société *particulière*, le type de société le plus fréquent, nous pourrions presque dire le seul usité de nos jours.

« La société particulière, dit l'article 1841, est celle qui
« ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur
« usage, ou aux fruits à en percevoir. »

L'article 1842 complète cette notion de la société particulière dans les termes suivants :

« Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent,
« soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de
« quelque métier ou profession, est aussi une société par-
« ticulière. »

Ces définitions de la société particulière sont empruntées à Pothier.¹ Elles sont bien résumées dans ces mots de M. Boutteville, dans son *Rapport au Tribunat* :

« Les sociétés particulières ont pour objet la propriété
« même, la jouissance ou les fruits seulement de certaines
« choses déterminées, une entreprise particulière, l'exer-
« cice d'un métier, d'une profession. »²

¹ *Du Contrat de Société*, n° 53 et suiv.

² Fenet, XIV, p. 407.

Les sociétés de commerce ne sont elles-mêmes que des sociétés particulières, puisqu'elles ont pour objet une entreprise commerciale limitée, ou un genre de commerce déterminé.

116. — La première catégorie de sociétés particulières est indiquée par l'article 1841 : ce sont celles dans lesquelles la mise consiste en choses déterminées, comme un immeuble, un capital, etc... Avec ces immeubles ou ce capital, ou avec la jouissance ou les fruits de ces biens, les contractants essaieront de réaliser des bénéfices qu'ils partageront : c'est une forme très fréquente du contrat de société civile à notre époque.

L'article 1842 fait connaître une seconde espèce de sociétés particulières : les sociétés qui ont pour but une entreprise désignée, l'exercice de quelque métier ou de quelque profession forment cette seconde espèce.

C'est à elle qu'appartiennent les sociétés de commerce, qui ont pour but tel ou tel genre d'entreprise commerciale déterminée.

Beaucoup de sociétés civiles rentrent aussi dans cette catégorie : telles sont les sociétés qui ont pour but l'exploitation d'une mine, d'une carrière, l'achat et la vente d'immeubles, etc...

Nous n'avons pas à entrer ici dans d'autres détails sur les sociétés civiles particulières, car l'étude de ces sociétés est pour ainsi dire tout l'objet de ce *Traité*, puisque, ainsi que nous l'avons dit, les sociétés universelles ne sont nullement en harmonie avec les mœurs de notre époque.

TROISIÈME PARTIE

DE L'ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ ET DES OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS, SOIT ENTRE EUX, SOIT VIS-A-VIS DES TIERS

117. — Nous avons vu comment la société naît, quelle est sa nature juridique, comment elle se prouve, et quelles sont les diverses espèces de sociétés que les parties peuvent contracter : nous allons maintenant, dans notre troisième partie, étudier le fonctionnement de la société, examiner comment elle doit être administrée, et quelles sont les obligations qui naissent entre les associés par suite de la marche des opérations sociales, soit dans leurs rapports respectifs, soit vis-à-vis des tiers.

Mais, avant d'entrer dans cet examen, nous devons préalablement rechercher à quelle époque la société commence et à quelle époque elle finit ; questions dont la solution se trouve dans les articles 1843 et 1844, que nous allons étudier.

118. — L'article 1843 indique dans les termes suivants à quel moment commence la société :

« La société commence à l'instant même du contrat, « s'il ne désigne une autre époque. »

« On peut, disait Pothier, contracter une société ou pu-
« rement et simplement, auquel cas elle commence dès
« l'instant du contrat, ou pour commencer au bout d'un
« certain temps.

« Ce temps, qui doit être exprimé, fait la matière d'une clause du contrat.

« On peut faire aussi dépendre d'une condition le contrat de société : *Societas coëri potest, vel ex tempore, vel sub conditione* ; L. 1, ff., *Pro socio...* »¹

Les idées que Pothier exprimait sont encore vraies aujourd'hui. La société peut être contractée purement et simplement, à terme ou sous condition ; et, pour savoir quel est son point de départ, on consultera d'abord le contrat de société, et la société commencera à l'arrivée du terme ou de la condition à laquelle les parties ont voulu qu'elle commençât.

Habituellement le contrat s'en expliquera, car le point de départ de la société est chose trop importante pour que l'attention des contractants n'ait pas été appelée sur cette question, et qu'ils ne l'aient pas résolue. Si cependant la convention est muette, et se borne à fixer les conditions de la société sans indiquer son point de départ, elle commencera le jour même du contrat, comme le décide l'article 1843.

119. — La durée de la société est, elle aussi, fixée d'ordinaire par le contrat.

Si elle ne l'est pas, l'article 1844 détermine cette durée d'une façon différente, suivant le but que la société se propose.

S'agit-il d'une société créée pour une affaire dont la durée est limitée, la société est censée contractée pour tout le temps que doit durer cette affaire.

S'agit-il au contraire d'une entreprise dont la durée n'est pas limitée par son objet même, la société durera pendant toute la vie des associés, sauf la restriction apportée par l'article 1869. Cette solution était déjà celle de notre ancien droit.²

Quant à la restriction de l'article 1869, nous l'étudierons avec la quatrième partie de ce *Traité*, qui aura pour objet

¹ *Du Contrat de Société*, n° 64.

² Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 65.

les différentes manières dont la société prend fin ; nous nous bornons seulement à signaler que ce texte donne aux associés, dans les sociétés dont la durée est illimitée, le droit de dissoudre la société par la volonté de l'une des parties, pourvu que la renonciation de l'associé qui provoque la dissolution soit faite de bonne foi et non à contre temps.

120. — Nous diviserons en six chapitres nos explications sur cette partie.

Chapitre I. — *De l'administration de la société.*

Chapitre II. — *Des obligations de la société envers les associés.*

Chapitre III. — *Des obligations des associés vis-à-vis de la société.*

Chapitre IV. — *Du règlement des parts.*

Chapitre V. — *Des droits des associés dans les choses dépendant de la société.*

Chapitre VI. — *Des obligations des associés vis-à-vis des tiers.*

CHAPITRE PREMIER

DE L'ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ.

121. — La théorie de la loi sur l'administration de la société peut se résumer en deux idées principales.

En premier lieu, le législateur laisse les parties maîtresses de régler comme bon leur semble l'administration de la société, et ce n'est qu'à *défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration* que la loi trace les règles de l'administration de la société. C'est ce qui résulte de l'économie générale des articles 1856, 1857 et 1858, et plus spécialement des termes précis de l'article 1859 :

« A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, on suit les règles suivantes... »

En second lieu, lorsque la convention ne règle pas le mode d'administration de la société, la loi donne à chacun des associés réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre, comme l'exprime l'article 1859.

M. Boutteville, dans son *Rapport au Tribunat*, indique dans les termes suivants l'ensemble de la théorie du Code sur cette matière :

« Quant à l'administration du fonds social, comment la « sagesse du législateur peut et doit-elle intervenir sur ce « point ? D'abord par la sage précaution d'avertir ici, « comme sur toute espèce de convention, des inconvé- « nients que le silence des contractants ne manque jamais

« d'entraîner ; en cherchant ensuite à prévoir les clauses
 « les plus usitées ; enfin à suppléer par des règles géné-
 « rales aux lois que les intéressés ont toujours le droit, et
 « souvent seuls le moyen, mais que trop souvent aussi ils
 « négligent de se dicter.

« Les dispositions du projet ne peuvent donc avoir trait
 « qu'au cas où les parties ont, et à celui où elles n'ont pas
 « eu le soin de s'expliquer sur l'administration du fonds
 « social.....

« Si le contrat de société se tait au contraire sur l'admi-
 « nistration, la faculté et le devoir pour chaque associé d'y
 « concourir, le droit d'user des choses communes, etc...,
 « telles ont paru les conséquences naturelles et nécessaires
 « du silence des contractants.... »¹

122. — Ces dispositions du Code sont vivement criti-
 quées par M. Duvergier :

« L'article 1859, relatif à l'administration de la société,
 « pose, dit-il, ce principe anarchique : qu'à défaut de sti-
 « pulation expresse, les associés ont chacun un droit égal
 « à la gestion ; et il en déduit, avec une logique impitoyable,
 « toutes les conséquences fâcheuses. Au lieu d'établir
 « l'ordre et l'harmonie, il organise la lutte et excite les
 « collisions. Dire, par exemple, que ce que chacun fait est
 « valable, même pour la part de ses associés, sans qu'il ait
 « pris leur consentement, sauf le droit qu'ont ceux-ci de
 « s'opposer à l'opération, c'est constater que, dans la série
 « des actes qui constituent l'administration d'une société,
 « il peut s'élever une foule de contestations, sans songer
 « aux moyens de les terminer. Toutes ces dispositions se-
 « raient convenables pour des personnes en état de com-
 « munauté, qui voudraient seulement jouir de choses indi-
 « vises entre elles ; tandis qu'elles sont, on peut le dire,
 « subversives du principe fondamental de toute société ;
 « car s'associer, on ne saurait trop le répéter, ce n'est pas

¹ *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIV, p. 411-412.

« seulement créer un état d'indivision et établir une jouis-
 « sance collective ; c'est confondre ses biens, ses forces,
 « son activité, pour parvenir à produire des bénéfices. Or
 « ce but ne sera jamais atteint si, à chaque instant, les
 « prétentions individuelles, les droits personnels de chacun,
 « surgissent et se heurtent ; il faut, au contraire, qu'ils
 « s'effacent, qu'ils disparaissent, qu'ils viennent expirer
 « devant un pouvoir régulièrement établi, dans le sein
 « même de l'association.

« Sans doute, et je l'ai déjà dit, les parties peuvent, par
 « l'expression de leur volonté, organiser une administra-
 « tion : mais ce n'est pas assez de leur avoir laissé cette
 « faculté ; car, d'une part, il est à craindre qu'elles n'en
 « fassent pas un bon usage, que, cédant à l'empire des
 « vieilles habitudes, elles n'établissent pour leur société des
 « règlements propres à l'état de communauté ; d'un autre
 « côté, si elles gardent le silence, si elles négligent d'écrire
 « dans le contrat les statuts de leur association, elles se
 « trouveront livrées à l'état d'anarchie, dont il est inutile
 « d'indiquer de nouveau tous les inconvénients.»¹

Ces critiques de M. Duvergier sont combattues par
 M. Pont :

« Peut-être ces observations, dit-il, ne manqueraient pas
 « de vérité si le législateur avait entendu imposer un sys-
 « tème uniforme, un mode général d'administration pour
 « toutes les sociétés, tant civiles que commerciales ; mais
 « telle n'est pas sa pensée. Loin d'imposer un système au-
 « quel toute société serait tenue de se conformer, il donne
 « certaines règles qui ne sont à suivre qu'à défaut de stipu-
 « lations spéciales. En outre, ces règles, qui n'ont de va-
 « leur et d'autorité qu'autant que cela convient aux asso-
 « ciés, toujours maîtres d'en stipuler d'autres, ont dû être
 « et ont été profondément modifiées par la loi en ce qui
 « concerne les associations commerciales, notamment les

¹ *Du Contrat de Société*, n° 7.

« sociétés anonymes et en commandite, comme nous l'ex-
 « pliquerons plus tard. Elles ne touchent donc qu'au mode
 « d'administration des sociétés civiles pures et simples,
 « c'est-à-dire de sociétés qui, non revêtues de la forme
 « anonyme ou en commandite, sont généralement peu im-
 « portantes, et formées entre deux ou trois personnes seu-
 « lement. Il est bien évident que, dans ces termes et dans
 « ces conditions, l'intervention du législateur, suppléant
 « au silence du pacte social sur le mode d'administration,
 « ne saurait avoir ni les inconvénients, ni les dangers sup-
 « posés par notre auteur.

« D'autant plus que la réglementation de ce point par
 « l'article 1859 n'est pas autre chose, en définitive, que la
 « consécration des droits naturels de chaque membre de
 « la société ; en sorte qu'il est vrai de dire que, même dans
 « le cas où elle intervient pour régler le mode d'adminis-
 « tration, la loi ne fait que traduire la volonté présumée
 « des parties. »¹

Où est la vérité entre ces deux systèmes? Nous serions, en ce qui nous concerne, porté à donner raison aux critiques de M. Duvergier : l'économie de la loi nous paraît, comme à lui, incompatible avec l'idée de la société telle que le Code civil la comprend, c'est-à-dire avec l'idée de poursuivre un bénéfice au moyen de la réunion des apports et de l'industrie des associés. Que chacun puisse administrer de son côté et à sa guise, ce n'est plus là l'association, c'est la juxtaposition d'intérêts qui se heurtent, d'efforts qui se neutralisent, de bonnes volontés qui demeurent infructueuses, parce qu'elles se combattent. Aussi croyons-nous que le législateur eût mieux fait de confier l'administration à l'un ou à quelques-uns seulement des associés, et d'obliger les parties à suivre un système d'unité dans l'administration de la société.

123. — Nous allons étudier l'administration de la société dans les deux hypothèses prévues par le Code, celle

¹ *Du Contrat de Société*, n^{os} 494-495.

où l'administration a été confiée à l'un ou à quelques-uns des associés, puis celle où il n'a été rien stipulé quant à l'administration.

Nous examinerons d'abord le cas où l'administration a été confiée à un seul associé, puis nous étudierons les règles spéciales qui doivent être suivies, lorsque l'administration a été donnée à plusieurs.

Si un seul des associés a été nommé administrateur de la société, l'étendue de ses pouvoirs se détermine d'abord et avant tout par l'acte qui le nomme, l'acte de société ou l'acte postérieur, si la nomination est faite dans un acte postérieur :

« Les associés, dit très bien Pothier, peuvent par cette clause donner telles bornes et telle étendue qu'ils jugent à propos à ce pouvoir d'administrer qu'ils accordent à l'un d'entre eux. »¹

124. — Si la clause qui nomme l'administrateur se borne à cette nomination, sans indiquer de quels pouvoirs sera investi l'administrateur, quelle sera la limite de ces pouvoirs ?

D'après Pothier, les pouvoirs de cet administrateur seraient ceux d'un mandataire général :

« Ce pouvoir, dit-il, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, renferme, par rapport aux biens et aux affaires de la société, ce qu'a coutume de renfermer une procuration générale qu'une personne donne à quelqu'un pour administrer ses biens : car celui de ces associés à qui on a donné cette administration est comme le procureur général de ces associés, pour les biens et affaires de la société. »²

Cette formule nous paraît peu satisfaisante, et nous croyons que les pouvoirs de l'administrateur se déterminent, non par une relation avec les pouvoirs d'un man-

¹ *Du Contrat de Société*, n° 66.

² *Du Contrat de Société*, n° 66.

dataire général, mais par l'examen du but pour lequel la société est créée, et ses pouvoirs seront tantôt plus étendus, tantôt moins étendus que ceux d'un mandataire général, suivant la nature des opérations de la société qu'il administre.

Supposons, par exemple, qu'une société ait été créée pour l'achat et la revente des immeubles : l'administrateur aura, sans nul doute, le pouvoir de vendre les immeubles achetés par la société, puisque c'est précisément cette revente qui doit réaliser les bénéfices en vue desquels la société a été fondée. C'est d'ailleurs ce que Pothier reconnaît lui-même, puisqu'il déclare que l'administrateur aura le droit « de vendre les choses dépendantes de la société *qui sont destinées à être vendues*, et non d'autres. »¹ Or le mandataire général ne peut faire que des actes d'administration, et il ne peut aliéner ou hypothéquer sans un mandat exprès, ainsi que le déclare formellement l'article 1988, qui ne fait que consacrer des principes reçus dans notre ancien droit.²

Aussi dirons-nous que les pouvoirs de l'administrateur ne peuvent pas être déterminés d'une façon abstraite, à l'avance et pour toute espèce de société : ils ne pourront être fixés que d'une manière concrète, et en tenant compte, dans chaque société, du but en vue duquel elle est créée.³

1241. — Il faut, disons-nous, consulter avant tout le but de la société pour déterminer, dans le silence de l'acte, les pouvoirs de l'administrateur : il existe cependant, en cette matière, quelques principes généraux que nous devons examiner, et qui gouvernent les pouvoirs des administrateurs dans les sociétés en général, à moins que le but de la société ne force à y déroger.

C'est ainsi que nous ne croyons pas que l'administrateur puisse transiger. C'était la solution du droit Romain⁴ et de

¹ *Op. et Loc. citat.*

² Pothier, *Du Mandat*, n° 159-160.

³ *Compar.* Aubry et Rau, IV, § 382, texte et note 2, p. 562 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 515 et 516 ; Laurent, XXVI, n° 307.

⁴ L. 60, D., *De procurat.* (III, III).

notre ancien droit,¹ et nous pensons qu'elle doit être suivie aujourd'hui, la transaction n'étant pas un acte d'administration, mais l'aliénation d'un droit de la société, ou tout au moins la reconnaissance qu'un droit n'appartient pas à la société.

On objecte que la société peut avoir un intérêt évident à transiger. Nous le reconnaissons volontiers, mais alors tous les associés figureront à la transaction. Il n'y a donc pas là un obstacle à la transaction, et ce motif, qui nous a déterminé à permettre la transaction à la femme dotale,² n'existe pas ici : voilà pourquoi nous croyons que l'on doit s'en tenir à ce principe, que transiger n'est point administrer.³

A plus forte raison pensons-nous que l'administrateur n'a pas le pouvoir de compromettre : la substitution d'arbitres choisis par les parties aux tribunaux ordinaires offre, ou du moins peut offrir trop de dangers pour qu'on l'assimile à un acte d'administration ; aussi l'article 4003 du Code de procédure ne le permet-il qu'aux personnes qui ont la libre disposition des droits sur lesquels ils compromettent.⁴

125. — L'administrateur peut-il emprunter ?

La question ne naît, bien entendu, que dans l'hypothèse où nous l'examinons, celle où l'acte de société est muet sur ce point : s'il permet à l'administrateur de contracter des emprunts,⁵ ou, à l'inverse, s'il lui refuse ce droit, la question ne se présente pas, et l'on doit décider sans hésitation que l'emprunt est permis dans le premier cas et interdit dans le second à l'administrateur.

Mais lorsque l'acte de société est muet, une première

¹ Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 68.

² Voir notre *Traité du Contrat de Mariage*, IV, n° 1849.

³ Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 690 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 528 ; Laurent, XXVI, n° 310. — *Contrà*, Pardessus, *Cours de droit commercial*, IV, n° 1014 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 320.

⁴ Voir les auteurs cités à la note précédente.

⁵ Cassation, 18 juin 1872, Sirey, 73, I, 19, et Dalloz, 72, I, 268.

opinion soutient que l'administrateur a le droit de faire des emprunts, pourvu qu'ils n'aient rien d'excessif. C'est, dit-on, faire un acte d'administration que de contracter des emprunts modérés, sans lesquels l'administration ne pourrait fonctionner. On ajoute que l'article 1852 fournit un argument décisif, en obligeant la société à indemniser l'associé des sommes qu'il a déboursées pour elle ; s'il en est ainsi des sommes qu'il a avancées de sa propre caisse, ne doit-il pas en être de même des sommes qu'il a empruntées d'un tiers ?¹

Une autre opinion fait de la question une question de fait. Les tribunaux apprécieront la situation de la société, le montant de la somme empruntée, la nature des dépenses à laquelle cette somme était destinée, et ils verront ainsi si le gérant a fait un acte nécessaire à la bonne administration de la société ; et dans le cas de l'affirmative, ils déclareront l'emprunt valable comme rentrant dans ses pouvoirs.²

Pour nous, nous croyons que l'emprunt ne rentre jamais dans les pouvoirs généraux de l'associé administrateur, et que, si l'acte qui le nomme administrateur ne l'y autorise pas, on devra déclarer nul l'emprunt par lui fait.

Il faut tout d'abord écarter du débat l'article 1852. Ce texte qui s'applique à l'associé non administrateur comme à l'associé administrateur, ne signifie qu'une chose : lorsqu'une somme a été dépensée *utilement* pour la société, la société en doit récompense à l'associé qui l'a déboursée, dans la mesure où elle en a profité. Tout autre est la question que nous examinons : l'associé administrateur a-t-il capacité pour contracter des emprunts au nom de la société, que l'emprunt soit ou non utile ?

A ce point de vue, il importe de remarquer que partout le législateur place sur la même ligne l'emprunt et l'aliénation : nous citerons notamment les articles 457, 483 et

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 684.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n° 524.

§13. Cette assimilation est d'ailleurs exacte, car l'emprunt conduit à l'aliénation, et il n'y a aucun motif pour se départir de ce parallélisme dans l'hypothèse que nous examinons.

Ajoutons que le système de M. Troplong, dans lequel les juges devront examiner si l'emprunt est ou non excessif, et celui de M. Pont, qui leur donne pour mission de rechercher si l'emprunt était nécessaire pour la bonne administration de la société, charge les tribunaux d'une mission très difficile, et qui n'a pas pu entrer dans les prévisions du législateur. De plus, il faut que les tiers sachent nettement, quand ils prêteront de l'argent à l'administrateur d'une société, si oui ou non il est capable d'emprunter.¹

126. — Puisque nous venons de décider que l'administrateur ne pouvait, dans le silence de l'acte qui le nomme, contracter d'emprunts, à plus forte raison allons-nous lui refuser le droit de conférer une hypothèque sur les immeubles de la société.

Il y a d'ailleurs une raison spéciale et décisive d'adopter cette solution, en ce qui concerne l'hypothèque : c'est que l'article 2124 décide que les hypothèques ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la *capacité d'aliéner* les immeubles qu'ils y soumettent.²

Il n'en serait autrement, et l'hypothèque conférée par l'administrateur seul ne serait valable que si un acte authentique, acte de société ou acte postérieur, donnait spécialement ce pouvoir à l'administrateur.³

¹ Douai, 15 mai 1844, Sirey, 44, II, 403 ; Cassation, 22 août 1844, Sirey, 45, II, 209, et Dalloz, 45, I, 21 ; Alger, 18 mai 1863, Sirey, 63, II, 156, et Dalloz, 63, V, 353. — Laurent, XXVI, n° 309. — *Compar.* Cassation, 18 juin 1872, Sirey, 73, I, 19, et Dalloz, 72, I, 268. — *Contrà*, Paris, 26 juin 1844, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Société*, n° 1299.

² Cassation, 27 janvier 1868, Sirey, 68, I, 53, et Dalloz, 69, I, 410. — Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 686 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 526 ; Laurent, XXVI, n° 308.

³ Cassation, 3 mai 1853, Sirey, 53, I, 617, et Dalloz, 53, I, 186 ;

D'ailleurs, s'il est nécessaire, dans l'intérêt des affaires sociales, de contracter un emprunt avec hypothèque, il sera facile d'arriver à ce résultat en faisant consentir l'hypothèque par tous les associés.¹

127. — On discute le point de savoir si l'associé administrateur peut donner à bail les immeubles de la société, ou prendre à bail, au nom de la société, des immeubles appartenant à des tiers.²

La solution de cette question nous paraît assez simple.

En principe, le bail de neuf ans et au-dessous est un acte d'administration, tandis que le bail fait pour plus de neuf ans dépasse les pouvoirs de l'administrateur, ainsi que nous avons essayé de le démontrer.³ Il suit de là qu'en règle générale l'associé administrateur peut valablement prendre des immeubles à bail, et donner à bail, pour une durée de neuf années, les immeubles de la société.

Mais ce principe général doit être tempéré par l'idée que nous avons exprimée, que les pouvoirs de l'administrateur sont limités par le but même de la société; et, s'il résulte de la nature des opérations de la société que les immeubles qui lui appartiennent ne sont pas destinés à être loués, mais bien à être exploités par la société, le bail consenti par l'administrateur, même pour une durée inférieure à neuf années, ne sera pas valable.

128. — Au point de vue de l'exercice des actions qui appartiennent à la société, on s'accorde à reconnaître que le gérant a le droit d'exercer les actions mobilières, mais qu'il ne peut exercer les actions immobilières, qui ne seront valablement exercées que par tous les associés réunis. Cette distinction est commandée par l'esprit général de notre légis-

Cassation, 3 décembre 1889, Dalloz, 90, I, 105. — *Compar.* Cassation, 8 novembre 1869, Sirey, 70, I, 23.

¹ *Arrêt précité* de Cassation, du 27 janvier 1868.

² *Compar.*, en sens inverse : Cassation, 7 mars 1837, Sirey, 37, I, 940; Cassation, 19 novembre 1838, Sirey, 39, I, 307. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 522.

³ *Voir notre Traité du Louage*, I, n° 44 et suiv.

lation quant aux actions intéressant le patrimoine mobilier et le patrimoine immobilier : c'est ainsi, notamment, que le mari administrateur des biens propres de la femme sous le régime de la communauté peut, aux termes de l'article 1428, exercer les actions mobilières relatives à ces propres, mais qu'il ne peut intenter les actions immobilières. La même distinction devra être faite pour l'associé administrateur.¹

129. — L'associé gérant peut-il faire des innovations sur les immeubles ou les meubles de la société ? C'est ici surtout, à notre avis, qu'il faut se pénétrer de l'observation que nous avons faite quant au caractère relatif et concret des pouvoirs de l'administrateur d'une société : il doit, avant tout, administrer d'une manière conforme au but que la société poursuit.

Or, pour atteindre ce but, il faudra très souvent faire des innovations, modifier des constructions, remplacer un matériel usé ou qui n'est plus en harmonie avec les progrès de l'industrie, etc...

Voilà pourquoi nous ne pouvons prendre la formule de la plupart des auteurs, notamment de M. Duvergier : « L'administrateur d'une société, dit-il, ne peut faire d'innovations sur les immeubles qui en dépendent, alors même qu'elles seraient avantageuses à la société. »²

Au fond, nous ne sommes pas en désaccord avec ces auteurs, qui ajoutent que ces innovations seront valables, « si la société a pour but la modification même des immeubles qui lui appartiennent. »

Mais les innovations sont si souvent rendues nécessaires

¹ Cassation, 19 novembre 1838, Sirey, 39, I, 307. — Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 691 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n°s 316-318 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 530 ; Laurent, XXVI, n° 311.

² *Du Contrat de Société*, n° 321. — *Compar.* Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n°s 697-698 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n°s 518-521. — *Adde.* Toulouse, 30 mai 1828, Sirey, c. n., IX, II, 88 ; Cassation, 14 février 1853, Sirey, 53, I, 424, et Dalloz, 53, I, 45 ; Cassation, 17 avril 1855, Sirey, 55, I, 652, et Dalloz, 55, I, 213.

soit par le but de la société, soit par les exigences de son développement, que nous préférons ne pas prendre une formule qui fait de l'innovation l'exception, alors que souvent elle sera la règle.

Aussi dirons-nous que l'associé gérant peut faire, aux meubles ou aux immeubles de la société, toutes les innovations nécessitées par le but ou par le fonctionnement de la société, mais qu'il ne peut pas en faire d'autres.

Quant à l'article 1859, 4°, que l'on a quelquefois invoqué pour établir que l'associé gérant ne pouvait pas faire d'innovations, ce texte doit, à notre avis, être écarté du débat : il est en effet écrit pour l'hypothèse où, l'administration de la société n'ayant été confiée à personne, tous les associés sont administrateurs, et l'on conçoit qu'alors l'un d'eux ne puisse faire d'innovations sans le concours des autres ; mais ce texte est étranger à l'étendue des pouvoirs de l'associé nommé administrateur.

130. — Le pouvoir d'administrer, au lieu d'être donné à un seul des associés, peut être, comme nous l'avons dit, donné à plusieurs, et nous devons examiner cette seconde hypothèse.

Voici quelle était, dans notre ancien droit, l'étendue du pouvoir de ces administrateurs, d'après Pothier :

« On donne quelquefois, dit-il, par le contrat de société
 « à plusieurs des associés l'administration des affaires de
 « la société. Si cette administration a été partagée entre
 « eux, comme si l'un a été préposé pour faire les achats,
 « l'autre pour vendre les marchandises, chacun d'eux ne
 « peut faire que les actes qui dépendent de la partie d'ad-
 « ministration qui lui a été confiée. Mais si l'administration
 « n'a pas été partagée entre eux, chacun d'eux peut séparé-
 « ment, et sans l'autre, faire valablement tous les actes
 « qui dépendent de l'administration de la société ; à
 « moins que la clause par laquelle ils ont été préposés ne
 « portât qu'ils ne pourraient rien faire l'un sans l'autre.....
 « Cette clause, que l'un des administrateurs ne pourra rien

« faire sans l'autre, doit être exécutée, même dans le cas
 « auquel il arriverait que l'un des associés serait empêché,
 « soit par maladie ou autrement, jusqu'à ce que les associés
 « en aient disposé autrement. »¹

Les règles indiquées par Pothier ont été reproduites par les articles 1857 et 1858 ; ces textes ne permettent pas aux administrateurs d'agir l'un sans l'autre, si la convention qui les nomme le prohibe, mais ils les autorisent à agir chacun séparément, dans le silence du contrat sur l'étendue de leurs pouvoirs respectifs.

131. — Ne doit-on pas apporter une exception à l'article 1858 dans le cas d'*urgence*, et permettre alors à l'associé présent de faire seul les actes nécessaires, sans le concours de l'administrateur absent ou malade ?

Une opinion enseigne que, malgré l'urgence et peut-être le péril qui résulterait du retard, l'administrateur ou les administrateurs présents ne peuvent pas agir seuls ; il faut l'unanimité, car l'article 1858 le déclare clairement, sans faire d'exception pour le cas d'urgence :

« Il ne paraît pas possible, dit M. Pont, d'admettre l'un
 « des administrateurs à substituer utilement son action
 « isolée à l'action collective, qui est la condition même du
 « contrat. Ce que les associés ont voulu, c'est que l'admini-
 « stration fût l'œuvre commune de plusieurs gérants par
 « eux choisis ; telle est la loi qu'ils se sont faite. Ce serait
 « donc violer ouvertement cette loi que d'autoriser ou de
 « valider tel ou tel acte d'administration qui émanerait
 « d'une seule personne, soit de l'un des administrateurs
 « désignés, soit de tout autre associé. Ce serait méconnaître
 « aussi les règles du mandat, en ce qu'accompli par une
 « seule personne, alors que le contrat exige le concours de
 « plusieurs, l'acte serait fait par un mandataire en réalité
 « sans pouvoirs. »²

¹ *Du Contrat de Société*, n° 72.

² *Du Contrat de Société*, n° 539. — *Sic*, Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 707 ; Laurent, XXVI, n° 312.

Tel n'est pas notre avis.

Sans doute, pour les cas ordinaires, le raisonnement de l'opinion que nous allons combattre est exact, et les associés administrateurs n'ont qualité pour agir que s'ils sont tous réunis et d'accord. Mais, comme le dit très bien M. Duranton, cette clause doit être entendue « *civiliter*, c'est-à-dire « abstraction faite des cas extraordinaires. » Lorsque les associés ont stipulé que les administrateurs ne pourraient agir qu'ensemble, ils ont prévu les cas ordinaires, ceux dans lesquels on peut, sans péril pour les intérêts de la société, attendre le retour de l'associé absent ou la guérison de l'associé malade : mais cette clause ne peut vouloir dire que, dût la société en éprouver un grave préjudice, on devra attendre la réunion de tous.

Supposons, par exemple, qu'il s'agisse d'une société de mines : il y a trois administrateurs, deux sont en voyage, à l'étranger, un seul sur la mine ; on craint un éboulement, ou une inondation de la mine, et il faut prendre immédiatement des mesures peut-être coûteuses, mais nécessaires pour prévenir des accidents désastreux pour la vie des ouvriers et les intérêts de la société. Comment l'administrateur présent pourrait-il hésiter à ordonner ces travaux, et les tribunaux à proclamer la validité des ordres par lui donnés ?

Nous croyons donc que, dans les cas d'une urgence évidente et d'une nécessité absolue, il doit être apporté exception à la règle de l'article 1858, qui exige le concours de tous les administrateurs.¹

132. — L'administrateur ou les administrateurs, dont nous venons d'indiquer les pouvoirs, peuvent être nommés de deux manières différentes qu'il importe de distinguer.

Ils peuvent être nommés, et ce sera même le cas le plus fréquent, par l'acte même qui constitue la société : alors,

¹ Duranton, XVII, n° 438 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 303 ; Aubry et Rau, IV, § 382, texte et note 3, p. 362.

aux termes de l'article 1856, le pouvoir à eux donné ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure.

Leur nomination, dans cette première hypothèse, doit émaner de l'unanimité des associés : c'est une des clauses essentielles de l'acte de société, et elle ne peut exister, comme les diverses parties de cet acte, que par la volonté de tous les contractants.¹

Ils ne peuvent être révoqués sans cause légitime :

« Le pouvoir d'administrer, dit Pothier, qui est accordé
« à l'un des associés par le contrat de société, étant une
« des conditions de ce contrat, cet associé n'ayant consenti
« à la société qu'à la charge qu'il en aurait l'administra-
« tion, ce pouvoir n'est pas révocable tant que la société
« dure. »²

Quant aux causes légitimes qui peuvent amener la révocation des administrateurs de la société, on peut dire, d'une manière générale, que ce sont les infractions aux lois du contrat de société ; et la révocation est prononcée, non à raison de la volonté des parties, mais par application des principes généraux des contrats, qui permettent toujours de demander le retrait des droits conférés à une partie qui n'accomplit pas les charges en vue desquelles ces droits lui ont été accordés. Ainsi la mauvaise administration du gérant, son incapacité, à plus forte raison son infidélité, autoriseront les autres associés à demander et à faire prononcer sa révocation par les tribunaux.

133. — Si, au contraire, la nomination de l'administrateur a été faite dans un acte postérieur au contrat de société, la nature des fonctions de l'administrateur change, bien que leur étendue reste la même : en effet, l'acte qui le nomme ne fait pas partie intégrante du contrat de société et ne participe pas de son irrévocabilité. L'associé administrateur n'est plus qu'un mandataire de ses co-associés, et,

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 499 ; Laurent, XXVI, n° 302.

² *Du Contrat de Société*, n° 71.

aux termes de l'article 1856, qui ne fait en cela que reproduire les règles traditionnelles,¹ son pouvoir est révocable comme un simple mandat.

Toutefois cette différence entre la révocabilité des pouvoirs donnés à l'administrateur par le contrat de société, et ceux donnés par un acte postérieur, n'existe que si les associés n'ont pas exprimé une volonté contraire; et l'on s'accorde à reconnaître qu'ils peuvent déclarer révocables les fonctions de l'administrateur nommé par le contrat de société, et, à l'inverse, déclarer irrévocables les pouvoirs de l'administrateur nommé dans un acte postérieur. Dans le premier cas, la révocabilité de ses fonctions devient une des conditions du pacte social; et, dans le second, les associés ont voulu que la nomination de l'administrateur eût le même effet que si elle avait été faite dans le contrat même de société, ce qui n'a rien de contraire ni aux règles de la société ni à l'intérêt des tiers. Seulement cette nomination postérieure, pour être irrévocable, devra émaner de tous les associés.²

134. — Comment et à la requête de qui l'associé administrateur peut-il être révoqué? Il faut, pour répondre à cette question, distinguer la révocation pour cause légitime de l'administrateur nommé par les statuts, et la révocation de l'administrateur nommé dans un acte postérieur.

Dans le premier cas, la légitimité de la cause de révocation doit être appréciée par les tribunaux: il ne s'agit pas en effet, comme nous venons de le dire, de la révocation d'un mandataire par ses mandants, mais de la constatation à faire par la justice de l'inexécution des devoirs de l'administrateur, et il faut que cette inexécution soit assez grave pour entraîner légitimement sa révocation.

On discute le point de savoir si cette révocation peut être

¹ Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 71.

² Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 669; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 294; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 506.

provoquée par un seul associé, ou si au contraire elle ne peut être demandée que par la majorité des associés. Cependant nous croyons tout à fait que la demande peut être formée par un seul associé : le gérant a manqué aux obligations que ses fonctions lui imposaient, le droit à la révocation naît au profit de chacun des associés, et, s'il plaît à quelques-uns d'entre eux de ne pas invoquer ce droit, l'un d'eux peut en user. Il ne s'agit pas de prendre une délibération sur les affaires sociales, mais de demander à la justice de décider que le gérant est incapable ou infidèle, et il n'est pas besoin que les tribunaux soient saisis de cette question par la majorité des associés pour l'apprécier.¹

135. — Si le gérant a été nommé par un acte postérieur au contrat de société, son pouvoir est « révocable » comme un simple mandat », suivant les expressions de l'article 1856.²

Il suit de là, d'abord, que l'intervention de la justice est inutile pour prononcer cette révocation : il n'y a pas à rechercher si la révocation a pour cause des motifs légitimes, elle peut n'en pas avoir, elle n'est que le résultat de la volonté de ceux qui ont constitué le mandat et qui peuvent le révoquer comme ils l'ont constitué, par une déclaration de volonté.

Mais faut-il, pour cette révocation, la volonté de la majorité des associés, ou suffit-il de la volonté d'un seul ?

D'après une première opinion, la volonté d'un seul des associés serait suffisante pour opérer révocation. Le pouvoir d'administrer donné par acte postérieur n'a pu naître, dit-on, que par la volonté unanime des associés : chacun se dépouille, au profit de celui qui est choisi comme gérant, du pouvoir d'administrer qui, dans le silence du contrat de société, appartient à chacun des associés. Si plus tard, pen-

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 676 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 508. — Contra, Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 293.

² Voir toutefois, pour le cas où le mandat donné intéresserait des tiers, Cassation, 6 janvier 1873, Dalloz, 73, I, 116.

dant la durée de la société, l'un des associés retire au gérant le pouvoir qu'il lui a donné, cela suffit pour entraîner la révocation du gérant, car il n'est plus le mandataire de tous les associés.¹

Nous estimons au contraire que la révocation doit être faite par la majorité des associés. En effet, il ne s'agit pas de savoir, à notre avis du moins, quel serait, en thèse générale, l'effet de la révocation des pouvoirs du gérant par l'un des mandants ; l'opinion que nous combattons l'indique exactement. Mais un seul associé peut-il se départir de la décision prise par tous les associés, et révoquer le gérant que les autres ne veulent pas révoquer ? Telle est la question, et nous croyons qu'il faut la résoudre négativement : il ne s'agit pas là d'un mandat ordinaire, où chacun des mandants conserve son indépendance, mais d'une société, où la majorité lie la minorité, pour les décisions à prendre dans l'intérêt commun. Il peut être nuisible aux intérêts de la société que le gérant en fonctions soit révoqué, et la majorité doit être juge de ce qu'exige l'intérêt de la société.²

136. — Devra-t-on assimiler le gérant étranger au gérant associé, et, s'il est nommé dans l'acte de société, faut-il déclarer que ses pouvoirs sont irrévocables, sauf cause légitime, dans les termes de l'article 1836 ?

On enseigne l'affirmative, en se fondant sur ce que la clause qui nomme un administrateur, associé ou étranger, fait partie du pacte social, et participe de son irrévocabilité.³

Nous préférons la négative, par les motifs suivants. En principe, tout mandat est révocable, aux termes de l'article 2003, et l'article 1836 n'apporte d'exception à cette règle que pour le cas où « un associé est chargé de l'administra-
« tion par une clause spéciale du contrat de société » ; cette

¹ Duranton, XVII, n° 434 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 680 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 511.

² Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 293 ; Aubry et Rau, IV, § 382, texte et note 1, p. 562 ; Laurent, XXVI, n° 306.

³ Laurent, XXVI, n° 304.

exception ne peut donc être étendue, d'après le texte, à l'associé étranger. Il y a d'ailleurs une raison de différence entre les deux hypothèses : l'étranger choisi comme gérant de la société n'est réellement qu'un mandataire ordinaire, et on ne comprendrait pas pourquoi ses pouvoirs seraient irrévocables ; au contraire, l'associé gérant n'a peut-être consenti à entrer dans la société que parce qu'il allait être nommé gérant, et son choix, qui est un des éléments du pacte social, ne peut être l'objet d'une révocation ultérieure.¹

137. — Quels sont les effets de la révocation du gérant ? Il faut, pour résoudre cette question, s'il s'agit d'un associé gérant, distinguer suivant qu'il a été nommé par l'acte de société ou par un acte postérieur ; quant au gérant étranger, nous n'avons pas à nous occuper d'une manière spéciale des effets de sa révocation, puisque, dans la théorie que nous venons d'adopter, on doit toujours l'assimiler à un mandataire ordinaire, et par suite à l'associé gérant nommé par un acte postérieur au contrat de société.

Si l'associé gérant a été nommé par l'acte de société, le choix qui a été fait de lui constitue, ainsi que nous l'avons dit, une des conditions du pacte social : sa révocation pour cause légitime entraîne donc la dissolution de la société, à moins que *tous* les associés d'accord ne s'entendent pour nommer un autre gérant.

Si l'associé gérant a été nommé par un acte postérieur au contrat de société, la société n'est pas dissoute par sa révocation, et elle sera administrée soit par un autre gérant choisi par les associés, soit, dans les termes de l'article 4859, comme est administrée une société dans laquelle, au moment où elle a été constituée, il n'a pas été choisi de gérant.²

138. — La révocation de l'associé administrateur constitue le moyen que les autres associés peuvent prendre pour

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 498.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n° 502, 510 et 511.

se débarrasser d'un administrateur qui ne réalise pas les espérances qu'ils avaient mises en lui.

Cette révocation pourra même, comme nous l'avons dit, être obtenue contre l'associé nommé administrateur par l'acte de société, mais alors elle ne peut être demandée qu'en justice et prononcée pour cause légitime, c'est-à-dire pour des motifs graves et dûment justifiés.

Mais, en outre du droit de révocation ainsi exercé, les associés ont une autre arme contre l'administrateur qui commet des fautes lourdes dans l'exercice de sa gestion : ils peuvent obtenir contre lui des dommages et intérêts, dans la mesure du préjudice que ses fautes ont causé à la société. C'est l'application de l'article 1992, aux termes duquel le mandataire répond non seulement du dol, mais des fautes qu'il commet dans sa gestion, et de l'article 1850, spécial aux fautes commises par les associés.¹ Ajoutons que cette action en dommages et intérêts appartient à chaque associé dans la limite de son intérêt particulier, puisque chaque associé a donné mandat d'administrer la société dans la mesure de son intérêt social.²

139. — Il importe de remarquer, en terminant l'examen des pouvoirs de l'administrateur ou des administrateurs de la société, que leur nomination leur donne le droit exclusif de gérer la société, sans que les associés non administrateurs puissent intervenir dans leur gestion et s'opposer à ce qu'ils fassent tel ou tel acte. C'est ce qui résulte de l'article 1856, qui porte que l'associé chargé de l'administration par les statuts peut faire, nonobstant *l'opposition des autres associés*, tous les actes qui dépendent de son administration ; l'article 1856 n'excepte que le cas de fraude, qui doit, en cette matière comme en toute autre, faire exception aux règles ordinaires du droit.

La situation est la même vis-à-vis de l'associé gérant

¹ Cassation, 28 mai 1889, *Pandectes françaises*, 90, I, 201.

² Cassation, 9 juin 1874, Sirey, 74, I, 296, et Dalloz, 76, I, 387.

nommé par un acte postérieur aux statuts ou de l'associé étranger : les associés peuvent, pour l'empêcher de faire un acte qu'ils désapprouvent, le révoquer, mais, s'ils n'emploient pas ce moyen, le gérant est aussi indépendant dans son administration que le gérant nommé par les statuts.¹

140. — Nous devons maintenant étudier l'administration de la société dans une seconde hypothèse, celle où les associés n'ont rien stipulé quant au mode d'administration.

L'article 1859 règle pour ce cas, nous ne voulons pas dire organise, la manière dont la société devra être gérée. Cette hypothèse est rare dans la pratique, les associés se préoccupant le plus souvent de la gestion de la société ; et cela est très désirable, car c'est surtout l'article 1859 qui mérite les critiques adressées au Code en ce qui concerne l'administration de la société.

Ce texte, en effet, permet à chaque associé d'administrer la société, même pour la part des autres associés : mais il ajoute que les autres associés ou *l'un d'eux* peuvent s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue ! Ce n'est pas seulement l'anarchie dans l'administration de la société, c'est la lutte permanente, si les associés ne peuvent se mettre d'accord sur la manière de gérer la société.

Quoiqu'il en soit des inconvénients de ce système, c'est le système de la loi, et nous avons à en étudier la portée.

141. — Le droit donné à chaque associé d'administrer séparément la société, à défaut de stipulation spéciale sur le mode d'administration, devait leur être donné dans ces termes.

Il n'y avait en effet que deux partis à prendre : ou bien exiger le concours de tous les associés pour chaque acte d'administration, ou bien permettre à chacun d'agir isolément : et nous n'avons pas à insister sur cette idée qu'il est pratiquement impossible de réunir tous les associés pour tous les actes d'administration. Ces actes sont nombreux, ils deviennent souvent nécessaires à l'improviste et

¹ Laurent, XXVI, n° 313.

avec un caractère d'urgence parfois impérieuse : il était donc sage de permettre à l'associé qui est là, sur place, de donner seul les ordres qui peuvent être nécessaires pour l'administration de la société.¹

Observons toutefois que ce droit n'existe que pour les *actes d'administration* proprement dite ; et, si l'un des associés avait fait des actes dépassant la limite de l'administration, il n'obligerait pas les autres associés. L'article 1856 donne à chaque associé le pouvoir *d'administrer*, mais il ne lui donne pas d'autre droit que celui-là.²

Quels actes seront des actes d'administration ? Nous devons, sur ce point, renvoyer aux explications que nous avons présentées en traitant de l'administration de la société lorsqu'il y a un gérant nommé :³ on se préoccupera avant tout du but de la société, car ce qui est acte d'administration dans une société ne sera pas acte d'administration dans une autre, et nous trouvons un exemple frappant de cette idée dans un arrêt de la Cour de cassation qui valide l'aliénation d'un immeuble social par l'un des associés, parce que la société avait pour but l'achat et la revente des immeubles.⁴

Toutefois cette solution, que nous croyons exacte, rencontre ici une objection grave, dont il faut examiner la portée. L'article 1860 en effet porte que l'associé, qui n'est point administrateur, ne peut *engager* ni *aliéner* les choses même mobilières de la société : ne résulte-t-il pas de ce texte une dérogation aux règles sur les pouvoirs de l'associé administrateur, et ne doit-on pas dire que si l'associé administrateur peut aliéner, lorsque le but de la société l'exige, l'associé non administrateur ne le peut pas ?

Telle est l'opinion notamment de MM. Aubry et Rau et

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 547 ; Laurent, XXVI, n° 314.

² Cassation, 4 février 1852, Sirey, 52, I, 245, et Dalloz, 52, I, 82.
— Pont, *Du Contrat de Société*, n° 553.

³ *Suprà*, n° 132 et suiv.

⁴ Cassation, 10 mars 1818, Sirey, c. n., V, I, 448.

Laurent. Après avoir indiqué que cette différence était faite par Pothier, M. Laurent continue ainsi :

« L'article 1860 consacre cette doctrine, car il reproduit
 « presque textuellement les paroles de Pothier. On deman-
 « dera quelle est la raison de cette distinction. Il y a des
 « choses destinées à être vendues : l'associé gérant peut
 « les vendre, tandis que l'associé qui administre dans le
 « cas prévu par l'article 1859 ne peut pas en disposer : il
 « faudra donc le concours de tous les associés pour con-
 « sommer l'aliénation. Y a-t-il une raison de cette différence ?
 « Oui. Quand il y a des choses destinées à être vendues et
 « que l'acte de société nomme un administrateur, le gérant
 « a le droit de les vendre, parce que telle est la volonté des
 « associés ; c'est pour la vente qu'ils délèguent leurs pou-
 « voirs à un gérant. S'ils ne nomment pas de gérant, ils
 « réservent à chacun d'eux le droit d'administrer : en ré-
 « sultera-t-il que chacun d'eux aura le droit d'aliéner ?
 « Cela est impossible : comment plusieurs associés pour-
 « raient-ils vendre au même moment la même chose à des
 « personnes différentes ? Car c'est à cela qu'aboutirait le
 « droit de disposer si on l'accordait aux associés non gé-
 « rants. C'est dire que les associés non gérants ne peuvent
 « pas avoir chacun le droit d'aliéner : il faut qu'ils s'en-
 « tendent. »¹

Ces objections sont graves, mais elles ne nous paraissent pas sans réplique.

Lorsque l'aliénation de certains objets est le but même que la société poursuit, il est impossible d'administrer cette société sans les aliéner : voilà pourquoi, bien que l'aliénation ne soit pas un acte d'administration, ces aliénations sont permises à l'associé gérant ; voilà pourquoi elles doivent être permises à chaque associé investi du pouvoir d'administrer la société, en l'absence de stipulations spéciales sur le mode d'administration.

¹ XXVI, n° 327. — *Sic*, Rennes, 22 avril 1813, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v° *Société*, n° 503. — Aubry et Rau, IV, § 382, texte et note 5, p. 563.

On objecte que chaque associé ne peut pas, au même moment, aliéner les mêmes objets. Cela est vrai, mais chaque associé ne peut pas non plus, au même moment, faire les mêmes actes d'administration, l'un prescrivant de les faire d'une façon, l'autre d'une autre façon : c'est la critique du système de l'article 1859, ce n'est pas une objection contre le droit que nous reconnaissons à l'associé, qui peut et doit administrer suivant le but de la société.

Reste l'objection tirée de l'article 1860 : puisque ce texte défend à l'associé d'aliéner les choses même mobilières qui dépendent de la société, comment peut-on lui reconnaître ce droit ?

Nous pourrions répondre d'abord, avec M. Boutteville dans son *Rapport au Tribunal*, que l'article 1860 ne signifie qu'une chose : c'est que, « si la société a confié l'administration à quelques-uns de ses membres, l'associé qui n'est pas de ce nombre ne peut ni engager, ni aliéner les choses même mobilières appartenant à la société. »¹ Mais nous ne ferons pas cette réponse, car nous croyons que cette interprétation est une erreur, et que le législateur n'a pas pu vouloir dire une chose aussi naïve : lorsque l'administration de la société est confiée à un gérant, il est bien clair que l'associé non gérant ne peut pas aliéner, puisqu'il ne peut même pas administrer ! D'ailleurs l'article 1860 est évidemment le complément de l'article 1859, qui s'occupe des pouvoirs des associés lorsqu'il n'y a pas de gérant.

Nous croyons que l'article 1860 a tout simplement édicté une règle, qui n'est que l'application à la matière de la société des principes du droit commun : l'associé, qui administre dans le silence des statuts, ne peut pas aliéner les choses de la société, car aliéner n'est pas administrer. Mais, si cette aliénation est conforme au but même de la société, il pourra aliéner aussi bien que l'associé gérant.²

¹ Fenet, XIV, p. 412-413.

² Duranton, XVII, n° 435 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 369 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 582 et suiv.

142. — Nous donnerons à l'article 1859, 4^o, la même interprétation que nous venons de donner à l'article 1860. Ce texte est ainsi conçu :

« L'un des associés ne peut faire d'innovation sur les
« immeubles dépendants de la société, même quand il les
« soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres
« associés n'y consentent. »

La solution donnée par ce texte est empruntée au droit Romain et à notre ancien droit :

« *In re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse.* »¹

« Les associés, dit Domat, ne peuvent faire en la chose
« commune que ce qui est de leur charge, ou agréé de tous.
« Et si un associé veut entreprendre quelque changement,
« chacun des autres peut l'en empêcher. Car entre person-
« nes qui ont le même droit, ceux qui ne veulent pas souf-
« frir une nouveauté sont mieux fondés pour l'empêcher
« que ne le sont pour innover ceux qui l'entreprennent.
« Mais si le changement qu'a fait un associé a été fait à la
« vue des autres, et qu'ils l'aient souffert, ils ne pourront
« s'en plaindre, quand même il leur serait désavantageux. »²

L'associé ne peut pas faire d'innovations, car innover, ce n'est pas administrer : mais, si les innovations que l'associé veut faire sont commandées par le but de la société, il pourra les faire, comme nous l'avons vu pour l'associé gérant.³ De telles innovations ne sont en effet que des actes d'administration, et nous dirons à propos de l'article 1859, 4^o, ce que nous avons dit relativement à l'article 1860 : ce texte pose la règle, mais il faut la tempérer par l'exception relative aux actes d'administration permis à chaque associé.

Ajoutons qu'il ne faudrait pas considérer comme une innovation défendue par l'article 1859, 4^o, des aménage-

¹ L. 28, D., *Communi dividundo* (X, III).

² *Les Lois ciciles*, Livre I, Titre VIII, Section IV, § 22. — *Sic*, Pothier, *Du Contrat de Société*, n^o 87-88.

³ *Suprà*, n^o 129.

ments ou des changements de peu d'importance, qui ne seraient qu'une manière plus commode et plus utile de jouir des biens sociaux, et qui devraient être permis à chaque associé.¹

Quant aux pouvoirs de la majorité à propos de ces innovations, nous l'examinerons bientôt, en traitant, d'une façon générale, du rôle de la majorité des associés dans l'administration de la société.²

143. — Le droit d'administration qui appartient à chaque associé, à défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, peut être entravé par l'opposition *d'un seul* des associés, ainsi que le déclare l'article 1859, 1°. C'était d'ailleurs la solution de la loi Romaine : « *In re enim pari potioem esse causam prohibentis.* »³

Cette opposition a pour effet, à notre avis, de rendre nul l'acte accompli au mépris de cette opposition, et cela soit dans les rapports des associés entre eux, soit dans leurs rapports avec les tiers qui ont connu ou pu connaître cette défense. Entre les associés, cette solution découle de l'article 1859, 1°, qui défend l'opération à laquelle il a été fait opposition, ce qui entraîne la nullité de l'opération prohibée ; et, vis-à-vis des tiers, la distinction que nous proposons n'est que l'application des principes généraux écrits en matière de mandat dans les articles 2005 et 2006.⁴

144. — Le *veto* de l'associé qui s'est opposé à l'opération qu'un autre, ou plusieurs autres associés voulaient faire, est-il péremptoire ? Ou bien les associés qui veulent faire l'opération peuvent-ils provoquer une délibération générale des associés, et agir ensuite, si la majorité le décide ainsi ?

La négative est enseignée par M. Laurent, qui invoque les motifs suivants.

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 578 ; Laurent, XXVI, n° 325.

² *Infrà*, n° 145.

³ L. 28, D., *Communi divid.* (X, III).

⁴ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 557 ; Laurent, XXVI, n° 318.

L'article 1859, dit-il, donne aux associés le pouvoir réciproque d'administrer la société, dans le silence du contrat : ce pouvoir est absolu et ne peut pas être limité par la majorité, car ce serait déroger aux lois fondamentales de la société. Or voici en quoi consiste ce pouvoir : chaque associé peut agir, à moins qu'un autre ne s'y oppose, mais le droit d'opposition de chacun est aussi absolu que le droit d'action, et la majorité ne peut y porter atteinte. Il est vrai que ce système peut offrir des inconvénients, en empêchant une mesure utile par l'opposition déraisonnable d'un seul, mais la loi ne statue que dans le silence des parties, et elle suppose que, du moment où la société aura un peu d'importance, les parties régleront les conditions de la gérance.¹

L'opinion contraire, généralement admise, nous paraît préférable. Au point de vue du texte de l'article 1859, cet article se borne à mettre en présence l'associé qui veut agir et celui qui s'y oppose, et il déclare que l'opposition faite en temps utile arrêtera l'acte projeté ; mais ce texte ne dit pas ce qui arrivera après, lorsque tous les associés seront convoqués pour délibérer sur la mesure qu'il s'agit de prendre, et nous croyons qu'alors il faut en revenir à la règle de bon sens et de pratique, d'après laquelle on doit se conformer à l'avis de la majorité.

« Si les associés sont plus de deux, dit très bien M. Par-
« dessus, il ne serait pas moins difficile d'obtenir l'unani-
« mité des opinions que déraisonnable de ne rien faire,
« parce que tous les intéressés ne seraient pas d'accord. »²

L'opinion contraire conduit à cette conséquence inadmissible que la minorité ferait la loi à la majorité ; conséquence aussi contraire aux intérêts de la société, dont la majorité est le meilleur juge, que peu raisonnable en elle-même.³

¹ Laurent, XXVI, n° 319.

² *Cours de droit commercial*, IV, n° 979.

³ Troplong, *Du Contrat de Société*, n° 720-721 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 286-287 ; Aubry et Rau, IV, § 382, texte et note 8, p. 563 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 565.

145. — Le pouvoir que nous venons de reconnaître à la majorité n'existe toutefois que dans la matière dont nous nous occupons, pour les actes d'administration proprement dits. S'il s'agit d'un acte dépassant cette limite, d'un changement à apporter dans l'organisation ou dans le fonctionnement de la société, l'opinion de la majorité ne suffit plus, il faut l'unanimité. C'est une application de la règle générale écrite dans l'article 1134, d'après lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Le contrat de société a été formé par la volonté de toutes les parties dans de certaines conditions qui sont la loi de la société : cette loi ne peut être modifiée que par le concours de toutes les volontés qui se sont unies pour la former.¹

Il n'en serait différemment, et la majorité ne pourrait autoriser une opération dépassant le cercle des actes d'administration que si les statuts de la société lui en donnaient le droit. Il peut arriver en effet que l'acte de société, tout en réglant les conditions dans lesquelles la société devra fonctionner, porte que des changements pourront être apportés à ces conditions par une délibération de l'assemblée générale des associés. L'unanimité des contractants délègue alors ses pouvoirs à l'assemblée générale à intervenir, et celle-ci peut, à la majorité des voix, autoriser des opérations qui ne sont pas de simples actes d'administration, en vertu de la délégation qu'elle a reçue de l'unanimité des associés.²

¹ Cassation, 10 mars 1841, Sirey, 41, I, 357 ; Douai, 15 mai 1844, Sirey, 44, II, 403 ; Cassation, 22 août 1844, Sirey, 45, I, 209, et Dalloz, 45, I, 21 ; Cassation, 14 février 1853, Sirey, 53, I, 424, et Dalloz, 53, I, 45 ; Orléans, 20 juillet 1853, Sirey, 53, II, 485, et Dalloz, 54, II, 30 ; Cassation, 17 avril 1855, Sirey, 55, I, 652, et Dalloz, 55, I, 213 ; Lyon, 9 janvier 1870, Dalloz, 71, II, 111. — Aubry et Rau, IV, § 382, texte et note 9, p. 563 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 562 ; Laurent, XXVI, n° 320.

² Cassation, 7 mai 1844, Sirey, 45, I, 53 ; Cassation, 13 mars 1878, Sirey, 78, I, 401, et Dalloz, 78, I, 315.

146. — Comment se forme la majorité, dans l'hypothèse où elle peut délibérer sur les actes d'administration qu'il convient de faire ?

Plusieurs opinions sont en présence : pour les uns la majorité relative suffit, tandis que les autres exigent la majorité absolue.¹ Une opinion prétend que s'il se forme plus de deux avis, on devra en référer aux tribunaux qui trancheront la question,² tandis qu'une autre opinion soutient que les opinions dissidentes devront se réunir à l'une ou à l'autre des deux opinions ayant le plus grand nombre de voix.³ Même désaccord pour le calcul des voix : d'après les uns, on tiendra compte de l'intérêt des associés dans la société,⁴ tandis que, d'après les autres, on se bornera à calculer les voix, sans tenir compte du plus ou moins d'intérêt des votants.⁵

Le silence des textes de notre section I rend assez difficile la solution de ces différentes controverses : nous croyons cependant que l'on doit, en s'en tenant aux principes généraux, arriver aux conclusions suivantes.

En premier lieu, il faut une majorité absolue, et s'il y a partage des voix, ou majorité simplement relative, l'assemblée générale n'aura pas manifesté d'opinion, et l'opposition faite par l'un des associés continuera de produire ses effets et d'empêcher l'acte contre lequel elle a été faite. C'est la règle ordinaire en matière d'assemblée de toute nature, qu'il n'y a de majorité que la majorité dite absolue, composée de la moitié des voix plus une. D'ailleurs, dans le sens exact des mots, il n'y a pas de *majorité* si elle n'est pas absolue, s'il n'y a pas une opinion plus forte à elle seule que toutes les autres, *major*.

¹ Voir Laurent, XXVI, n° 321.

² Voir Laurent, *Op. et Loc. citat.*

³ Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 289.

⁴ Voir Pardessus, *Cours de droit commercial*, IV, n° 979.

⁵ Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 722 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 288 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 566 ; Laurent, XXVI, n° 321-322.

Nous croyons, en second lieu, que s'il se forme plus de deux opinions, il n'y a lieu ni de recourir aux tribunaux, ni d'obliger les opinions dissidentes à se ranger à l'une ou à l'autre des deux plus fortes. Il n'y a pas lieu de recourir aux tribunaux, car c'est aux associés qu'il appartient d'administrer la société, et non aux tribunaux. Il n'y a pas lieu non plus d'obliger les opinions dissidentes à se rallier à l'une ou à l'autre des opinions les plus fortes, car, si l'article 171 du Code de procédure impose ce mode exceptionnel aux juges, c'est à cause de l'obligation imposée aux juges de juger, à peine de déni de justice, tandis que rien n'oblige les associés à prendre parti à propos d'un acte intéressant la société.

Enfin, quant à la computation de la majorité, nous croyons qu'elle doit se faire en tenant compte uniquement du nombre de voix, et non de l'intérêt des associés dans la société. Aux termes de l'article 1859, 1^o, les associés sont censés s'être donnés réciproquement le pouvoir d'administrer : ils ont donc un droit égal à l'administration, sans que l'on ait à tenir compte de leurs intérêts dans la société, et par suite leurs voix doivent avoir la même importance, lorsqu'il s'agit de délibérer sur des questions relatives à cette administration, qui leur appartient à titre égal.

147. — L'opposition faite par l'un des associés à une mesure que d'autres associés voulaient prendre peut-elle entraîner contre l'associé opposant la condamnation à des dommages et intérêts ? Oui, dit-on : lorsque la société avait un intérêt évident à faire l'acte et qu'elle éprouve un préjudice parce qu'il n'a pas été fait en temps opportun, l'associé doit être responsable de son *veto*, comme tout mandataire est responsable des fautes qu'il commet dans sa gestion, aux termes de l'article 1992. On ajoute que l'article 1850 établit que cette règle de l'article 1992 est applicable à la société, puisqu'il décide que chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute.¹

¹ Duranton, XVII, n^o 439 ; Aubry et Rau, IV, § 383, texte et note 10, p. 563-564.

Nous ne pouvons pas admettre cette opinion. L'associé qui s'oppose à un acte d'administration use d'un droit que l'article 1859, 1^o, lui confère, et celui qui use de son droit n'encourt pas de dommages et intérêts. D'un autre côté il n'agit pas comme mandataire de ses associés, et on ne peut invoquer contre lui ni l'article 1992 ni l'article 1850 : il agit en vertu de son droit d'associé, et, à moins d'une mauvaise foi évidente dans l'exercice de ce droit, nous croyons qu'il n'est pas passible de dommages et intérêts.

148. — L'opposition persistante d'un associé à des actes que la majorité des associés juge utiles pourrait donner lieu à une demande de dissolution dans les sociétés à terme ; l'article 1871 en effet donne, comme nous le verrons dans notre quatrième partie, *Des différentes manières dont la société prend fin*, une assez grande latitude aux juges pour apprécier les causes de dissolution de la société, et nous croyons que ce désaccord persistant est une cause suffisamment grave pour entraîner cette dissolution.¹

149. — Le mandat réciproque des associés pour administrer la société, mandat dont nous venons de déterminer l'étendue, finit de plein droit par la dissolution de la société. C'est ce que la Cour de cassation a décidé en cassant un arrêt de la cour d'Angers, et en déclarant « que l'article 1859, « 1^o, n'a de force que pendant la durée de la société ; »² et on comprend difficilement que l'opinion contraire ait été soutenue, tant il est évident que l'administration doit cesser avec la chose même qu'il s'agissait d'administrer.

¹ Aubry et Rau, IV, § 382, p. 564.

² Cassation, 4 février 1852, Sirey, 52, I, 245, et Dalloz, 52, I, 82.

CHAPITRE II

DES OBLIGATIONS DE LA SOCIÉTÉ ENVERS LES ASSOCIÉS.

150. — La formule de l'intitulé de ce chapitre, *Des obligations de la société envers les associés*, est une formule que nous prenons parce qu'elle indique plus clairement l'objet du chapitre, à savoir de quelles obligations les associés, envisagés collectivement, sont tenus les uns vis-à-vis des autres, au double point de vue de la restitution des apports et du remboursement des créances. Mais, pour que cet intitulé fût en complète harmonie avec l'opinion que nous avons adoptée à propos de l'absence de personnalité civile des sociétés, nous devrions dire, *Des obligations des associés les uns envers les autres*; toutefois, comme ces expressions n'indiqueraient pas aussi nettement la matière que nous allons traiter, nous avons préféré l'intitulé qui précède. C'est ainsi qu'à propos de la communauté conjugale, nous avons parlé des récompenses dues à la communauté ou par la communauté, bien que nous n'admettions pas la personnalité civile de la communauté.¹

151. — Les obligations de la société vis-à-vis des associés peuvent être relatives à l'un ou à l'autre des deux chefs suivants, que nous allons successivement examiner dans ce chapitre :

I. — *Restitution de l'apport des associés* ;

II. — *Remboursement des créances des associés.*

¹ Voir notre *Traité du Contrat de Mariage*, II, n^{os} 879 et suiv.

SECTION I

Restitution de l'apport des associés.

152. — Pour savoir dans quelle mesure la société peut être tenue de la restitution de l'apport des associés, il faut distinguer deux hypothèses : celle où l'apport est un apport en propriété, l'associé transmettant à la société la pleine propriété des objets dont il doit faire l'apport, et l'hypothèse où l'apport n'est qu'un apport de jouissance, l'associé se réservant la propriété des choses dont il promet seulement de procurer la jouissance à la société.

153. — Examinons d'abord la première hypothèse : l'associé a promis d'apporter et a réellement apporté la propriété d'un bien, meuble ou immeuble, à la société.

Dans ce cas, l'associé qui a fait l'apport n'a rien à reprendre à la dissolution de la société : la société, devenue propriétaire de l'apport, le conserve pour qu'il soit réparti entre les divers associés, dans la mesure de leurs droits.¹

Mais qu'arrivera-t-il si l'objet, dont l'apport en propriété a été promis par l'un des associés, périt avant que l'apport n'ait été effectué, et avant que l'associé débiteur de cet apport n'ait été mis en demeure de le réaliser ?

A ne consulter que les principes généraux des obligations, voici ce qui devrait se passer, aux termes des articles 1138

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 365 ; Laurent, XXVI, n° 267.

et 1302 : l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, et elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée ; et, si le corps certain vient à périr sans la faute du débiteur, et avant qu'il n'ait été mis en demeure de la livrer, l'obligation est éteinte. C'est l'application du brocard *interitu rei certæ liberatur debitor*.

Pothier appliquait ces principes dans l'hypothèse que nous examinons, celle du contrat de société :

« Il est évident, dit-il, que chacun des associés est débiteur à la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter. Mais, lorsque les choses qu'il a promis d'y apporter sont des corps certains et déterminés, si ces choses viennent à périr sans la faute de cet associé, et avant qu'il ait été constitué en demeure par son associé de les apporter à la société, il est quitte de son obligation, de même que s'il les avait apportées.

« Cela est conforme aux principes de droit établis en notre *Traité des Obligations*, suivant lesquels, dans toutes les dettes de corps certain, la chose due est aux risques du créancier à qui elle est due, et le débiteur est libéré lorsqu'elle pérît sans sa faute, et avant qu'il ait été mis en demeure de la payer. »¹

Ces principes doivent-ils encore être suivis aujourd'hui, ou n'y a-t-il pas été dérogé par l'article 1867 ? Ce texte prévoit deux hypothèses, celle où l'apport ne porte que sur la jouissance, puis l'hypothèse que nous examinons, celle où l'apport a pour but la transmission à la société de la propriété d'un bien ; et, pour cette dernière hypothèse, cet article s'exprime ainsi :

« Lorsqu'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés... Mais la société n'est

¹ *Du Contrat de Société*, n° 110.

« pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a
« déjà été apportée à la société. . »

Quelle est la portée de ce texte ?

Suivant une opinion, il modifierait la règle suivie dans notre ancien droit :

« L'article 1867, 1^{er} alinéa, dit M. Bugnet, contient une
« décision contraire (à celle de Pothier) ; car, d'après cet
« article, la société serait dissoute par rapport à tous les
« associés ; donc les choses, corps certains, n'étaient point
« encore aux risques de la société ; en effet, si la société
« devait supporter cette perte, il n'y aurait aucune raison
« d'en prononcer immédiatement la dissolution. »¹

Malgré ce que la rédaction de l'article 1867 a d'incorrect, on s'accorde à reconnaître que ce texte ne déroge point aux principes généraux des articles 1438 et 1302, pas plus qu'aux traditions de notre ancien droit ; et c'est encore pour la société que périt le bien qu'un associé lui a apporté en propriété, bien que la livraison n'en ait pas été effectuée.

On doit se demander, d'abord, pourquoi le législateur dérogerait en cette matière aux règles générales qu'il a tracées dans les articles 1438 et 1302, à propos de la perte de la chose : elle périt pour celui qui en est propriétaire, et le débiteur de cette chose n'est pas responsable des cas fortuits qui l'atteignent avant la livraison ; cette règle doit, à *priori*, être appliquée dans la société comme dans les autres contrats.

Les travaux préparatoires viennent démontrer d'ailleurs que telle a bien été la pensée des rédacteurs du Code. Voici ce qu'on lit dans le procès-verbal de la séance du Tribunal du 29 pluviôse an XII :

« L'article 36 du projet porte : La chose que l'un des as-
« sociés *devait* mettre dans la société et qui a péri opère la
« dissolution de la société.

¹ Sur Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 110, Note 2.

« Lorsque la chose, dont l'un des associés a promis de
 « mettre en commun la propriété même, vient à périr *avant*
 « que la mise en commun en soit effectuée, la perte de
 « cette chose doit sans doute opérer la dissolution de la
 « société, cet associé se trouvant réduit à l'impossibilité de
 « réaliser sa mise.

« Si la chose dont la propriété même est mise en commun
 « ne vient à périr qu'après avoir été effectivement *apportée*
 « à la société, la perte en tombe alors sur la société qui
 « en est demeurée propriétaire....

« Pour mieux rendre ces idées, on est convenu de la ré-
 « daction suivante (devenue le texte définitif de l'article
 « 1867). »¹

Il résulte clairement de ces observations que l'on a voulu distinguer deux cas, celui où la société est devenue propriétaire de l'apport avant qu'il ait péri, et celui où la société n'en est pas encore devenue propriétaire. Dans le premier cas, la perte a lieu pour le compte de la société, qui n'est pas dissoute ; et ce n'est que dans le second cas, lorsque l'apport n'a pas encore été effectué, que la société est dissoute, parce que l'associé ne peut pas effectuer son apport. Ainsi entendu, l'article 1867 n'est que l'application du droit commun.

Mais comment peut-il y avoir *promesse* de mettre en commun la propriété d'une chose, sans que cette promesse entraîne la translation de propriété de la chose promise au profit de la société ? Et ne résulte-t-il pas de l'article 1589 qu'il n'y a pas de différence entre une promesse synallagmatique et le contrat lui-même ?

Voici, à notre avis, l'explication que l'on doit donner de ce texte.

En principe, la promesse synallagmatique opère les mêmes effets que le contrat lui-même, et notamment produit, comme lui, la translation immédiate de la propriété de l'objet promis, ainsi que nous l'avons établi en étudiant l'ar-

¹ Fenet, XIV, p. 383-384.

ticle 1589.¹ Mais, si cette translation immédiate de propriété est l'effet ordinaire des promesses synallagmatiques, comme elle est l'effet ordinaire des contrats, elle n'est pas un effet nécessaire, et il y a des cas dans lesquels la promesse ne transférera pas immédiatement la propriété, parce que le contrat lui-même ne produira pas ce résultat.

C'est ce qui arrivera dans plusieurs hypothèses : d'abord si les associés sont convenus de différer jusqu'à une certaine époque la translation de propriété de l'objet apporté par l'un d'eux ;² si l'apport consiste dans un objet appartenant à un tiers, et que l'associé a promis d'apporter, à charge de faire ratifier cette promesse par le tiers propriétaire de l'objet promis ;³ si l'objet a été promis sous condition, et qu'il vienne à périr avant la résiliation de la condition ; si la société est contractée pour ne commencer qu'après un certain temps, ou à l'arrivée de tel événement, et que l'objet périsse avant l'arrivée de la condition ou du terme auquel la société est subordonnée.

Dans ces divers cas, la promesse d'apport ne transfère pas immédiatement à la société la propriété de l'apport qui lui a été promis, et l'article 1867 décide, d'une manière conforme aux principes généraux, que la société est dissoute parce que l'associé ne peut réaliser l'apport par lui promis.

Mais, en dehors de ces circonstances exceptionnelles, la promesse d'apport est translatrice de propriété du jour où elle est faite, et c'est pour le compte de la société que l'apport périra, sans que cette perte puisse entraîner la dissolution de la société.⁴

¹ Voir notre *Traité de la Vente*, I, n° 75-79.

² Voir notre *Traité de la Vente*, I, n° 180.

³ Voir notre *Traité de la Vente*, I, n° 180.

⁴ Duranton, XVII, n° 467 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 925-935 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 421-425 ; Aubry et Rau, IV, § 384, texte et note 5, p. 568-569 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 377-380 ; Laurent, XXVI, n° 268.

154. — Si les objets que l'associé s'est engagé à apporter en propriété dans la société ne sont pas des corps certains, mais des choses indéterminées, comme de l'argent, ou une certaine quantité de grains ou de denrées, les principes qu'il convient d'appliquer ne sont plus les mêmes :

« Lorsque, dit Pothier, ce qu'un associé a promis d'ap-
 « porter à la société est une certaine somme d'argent, ou
 « une certaine quantité de blé, de vin, etc..., ou des corps
 « indéterminés, comme tant de vaches, sans déterminer
 « lesquelles; il est évident qu'il ne peut y avoir lieu à ces
 « questions, ne pouvant pas y avoir d'extinction de ce qui
 « est indéterminé : *Genus nunquam perit.* »¹

Ces observations de Pothier doivent encore être faites sous l'empire du Code civil.

Si l'apport de la somme d'argent ou des choses indéterminées a été fait à la société, il en sera de cet apport comme de l'apport d'un corps certain réalisé au profit de la société : la somme ou les choses livrées sont devenues par la livraison qui les a individualisées un bien social, et c'est pour la société qu'elles périront.

Mais, avant que l'apport en ait été fait, si l'associé est dépouillé de son argent, ou si les choses qu'il devait apporter périssent, la perte n'incombe qu'à lui seul : c'est l'application des principes généraux du droit.

« Il est évident, dit M. Demolombe, en commentant l'ar-
 « ticle 1302, que ce mode d'extinction est étranger aux obli-
 « gations de donner, qui ont pour objet des quantités ou
 « des choses déterminées seulement dans leur espèce. Je
 « vous dois une somme de 10,000 francs, ou cinquante
 « mesures de blé, ou dix tonneaux de vin. Lesquels? Nous
 « ne le savons pas encore. Ces objets indéterminés de mon
 « obligation ne deviendront déterminés que lorsqu'ils se-
 « ront, au moment de la délivrance, comptés, pesés ou
 « mesurés (article 1595). Voilà donc une obligation qui ne

¹ *Du Contrat de Société*, n° 112.

« saurait s'éteindre par la perte de la chose, car toutes les choses comprises dans ce genre ne périront pas, ... *Genus nunquam perit.* »¹

Ces principes sont applicables aux sociétés comme aux autres contrats, et, malgré les pertes qu'il a pu subir, l'associé demeure débiteur de son apport.²

155. — La deuxième hypothèse dans laquelle nous devons étudier les règles de la restitution de l'apport à l'associé est celle où il apporte, non pas la propriété d'un bien, mais la jouissance de ce bien.

Cette jouissance peut elle-même être conférée à la société de l'une ou de l'autre des deux manières suivantes : ou bien l'associé donne à la société un véritable droit réel d'usufruit sur le bien qu'il lui remet, ou il ne lui confère qu'un droit personnel de jouissance sur ce bien.

156. — La loi ne prévoit pas le cas où l'associé doit conférer à la société un droit d'usufruit sur les objets qu'il apporte, et l'obligation de restitution qui pèse alors sur la société doit se déterminer, d'une part, par les principes généraux en matière d'usufruit, et, de l'autre, par les règles qui gouvernent l'apport en propriété.

L'associé, en effet, ne contracte pas l'obligation de faire jouir la société d'un bien qu'il lui apporte, mais il crée à son profit un droit d'usufruit sur ces biens : une fois ce droit créé, ses obligations sont remplies, et les rapports de la société et de l'associé sont ceux d'un nu-propriétaire et d'un usufruitier.

Il suit de là que si l'objet apporté périt par cas fortuit avant la mise en possession réelle de la société, mais après l'acte constitutif de l'usufruit, qui sera habituellement l'acte de société lui-même, l'associé sera libéré de son apport, et

¹ Demolombe, *Cours de Code civil*, XXVIII, n° 752.

² Duranton, XVII, n° 396 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 147-149 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 403-406 ; Laurent, XXVI, n° 269.

la perte de l'usufruit de l'objet péri sera pour le compte de la société; de même que la perte d'un objet apporté en propriété lui incombe, conformément à l'interprétation que nous avons donnée de l'article 1867, à propos de l'apport en propriété.¹ Il n'en serait autrement, et la perte ne serait à la charge de l'associé que si l'usufruit n'était pas transféré à la société au moment où la perte s'est produite.

Si l'objet vient à périr par cas fortuit après que la société en a pris possession, la société perdra son droit d'usufruit, et l'associé son droit de nue propriété. C'est l'application de l'article 617, l'usufruit s'éteint par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi; et l'obligation de restituer l'objet de l'usufruit, qui incombe à l'usufruitier ou à ses représentants, s'éteint par la perte fortuite de la chose, comme toute obligation de restituer qui incombe au débiteur d'un corps certain.²

157. — Supposons maintenant que l'associé se soit engagé, non pas à constituer un usufruit sur certains biens au profit de la société, mais à procurer à la société la jouissance de ces biens : c'est l'hypothèse qui se réalisera le plus fréquemment, et c'est celle que le législateur prévoit dans l'article 1851.

La règle pour ce cas est la suivante : la perte fortuite de la chose dont la jouissance a été apportée à la société incombe à l'associé qui a fait l'apport, et, aux termes du second paragraphe de l'article 1867, cette perte amène la dissolution de la société; tandis que, si l'apport avait été fait en propriété, la perte fortuite de la chose apportée à la société ne serait pas une cause de dissolution, ainsi que nous l'avons vu avec les paragraphes premier et troisième de l'article 1867.

Les motifs de cette solution, à propos de la perte de la

¹ *Suprà*, n° 153.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n°s 381-384; Laurent, XXVI, n° 272.

chose apportée en jouissance, ont été bien donnés par M. Boutteville, dans son *Rapport au Tribunat* :

« Si ce n'est point la propriété même, mais seulement
 « la jouissance, l'usage ou les fruits de leur chose que les
 « associés ont mis en commun, il n'y a société que pour
 « cette jouissance, pour les fruits ; il n'est en ce cas nul
 « besoin d'observer et distinguer le moment où la chose
 « vient à périr. Qu'elle ait ou n'ait pas encore été alors ap-
 « portée, l'association n'ayant pour objet qu'une jouissance
 « ou des fruits, dès que la chose n'existe plus, qu'il n'y a
 « plus de jouissance possible, plus de fruits à recueillir,
 « conséquemment plus de mise en société de la part de
 « l'un des associés, il est évident que la chose périt pour
 « celui à qui elle appartenait, et que dans les deux cas il
 « n'existe plus de société. »¹

Pothier donnait le même motif à l'appui de cette solution qui était celle de notre ancien droit :

« Etant de l'essence de la société, dit-il, que chacun des
 « associés y contribue, il ne peut plus y avoir de société,
 « lorsque l'un des associés n'a plus rien de quoi y contri-
 « buer. »²

158. — A la règle que les choses dont la jouissance seulement est apportée à la société périssent pour le compte de l'associé qui a fait l'apport, et que leur perte entraîne la dissolution de la société, trois exceptions sont apportées par l'article 1851.

En premier lieu, si les choses dont l'associé a fait l'apport sont des choses qui se consomment par l'usage, l'article 1851 décide qu'elles sont aux risques de la société.

Le motif de cette exception est que la société, ne pouvant jouir de ces choses sans les consommer, en devient en réalité propriétaire, bien que la jouissance seule lui ait été

¹ Fenet, XIV, p. 415.

² *Du Contrat de Société*, n° 141.

apportée. Elle est dans la situation de l'usufruitier de choses consommables, qui, aux termes de l'article 587, a le droit de s'en servir, à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur à la fin de l'usufruit ; ou encore de l'emprunteur dans le prêt de consommation, qui, d'après l'article 1893, devient le propriétaire de la chose prêtée, et ce texte ajoute, comme l'article 1851, pour la société, que c'est pour l'emprunteur que la chose périt, de quelque manière que la perte arrive.¹

Dans cette hypothèse la société n'est pas dissoute, car l'associé a accompli son obligation, quant à l'apport par lui promis ; et, à la dissolution de la société, cet associé sera créancier de son apport, comme si la perte n'avait pas eu lieu.

159. — L'article 1851 place sur la même ligne que les choses qui se consomment par le premier usage celles qui se détériorent en les gardant ; et, comme dans l'hypothèse précédente, la perte fortuite de ces choses incombe à la société qui les a reçues, et qui, malgré la perte, n'en demeure pas moins tenue à restitution vis-à-vis de l'associé qui a fait l'apport.

Mais faut-il pousser l'assimilation plus loin, et, si les objets qui se détériorent en les gardant n'ont pas péri, la société peut-elle se libérer en les rendant à l'associé dans l'état où ils se trouvent à la dissolution de la société ? A ne consulter que les principes généraux, on devrait répondre affirmativement : en effet, dans une situation analogue, pour l'usufruitier, l'article 589 déclare qu'il n'est obligé que de rendre ces choses, à la fin de l'usufruit, dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute.

Mais l'article 1851 ne permet pas d'appliquer la règle de l'article 589 : du moment où la loi déclare que la perte des

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n^{os} 390-391.

objets qui se détériorent en les gardant pèse sur la société, non sur l'associé qui a fait l'apport, c'est que la société devient propriétaire de ces objets, et ils ne peuvent être rendus en nature lors de sa dissolution.¹

160. — A quelle époque doit-on se placer pour fixer la valeur estimative des choses qui se détériorent en les gardant, valeur estimative dont la société sera débitrice vis-à-vis de l'associé qui a fait l'apport ? Est-ce à l'époque où l'apport a été transféré à la société, ou au moment de la dissolution de cette société ?

D'après une opinion, c'est au moment de la dissolution de la société que l'apport doit être estimé.² Mais nous croyons qu'il faut repousser cette opinion, et estimer l'apport au moment où il est entré dans la société. La solution que nous proposons était celle que donnait Pothier, qui suppose qu'une estimation a dû être faite lorsque l'apport a été constitué.³ Mais la raison de décider est la même, qu'il y ait eu ou non estimation de l'apport, et voici, à notre avis, cette raison : le législateur a vu dans l'apport à la société de choses qui se détériorent en les gardant une espèce de vente à la société, comme lorsqu'il s'agit de choses apportées avec estimation ; la société acquiert sur les choses qui lui sont ainsi apportées un droit de disposition, et la valeur doit en être appréciée au moment où elle acquiert ce droit, c'est-à-dire lorsque l'apport est constitué.⁴

161. — On s'est demandé si l'associé qui a fait l'apport de choses qui se détériorent en les gardant, et qui peut reprendre la valeur de ces choses calculée au jour de l'apport,

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 590 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 180 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 393 ; Laurent, XXVI, n° 274. — *Contrà*, Duranton, XVII, n° 409.

² Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 183.

³ *Du Contrat de Société*, n° 126.

⁴ Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 590 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 394 ; Laurent, XXVI, n° 274.

a le droit, si leur valeur a augmenté, de les reprendre en nature à la dissolution de la société ?

Pour soutenir l'affirmative, on invoque le texte de l'article 1851 :

« Si l'associé désire reprendre la chose même au lieu de sa valeur, dit M. Troplong, il en est le maître. Le dernier paragraphe de l'article 1851 conduit à cette option ; car, en forçant l'associé à se contenter de l'estimation quand la chose a été estimée, il donne un argument à *contrario* pour décider que, lorsqu'elle ne l'a pas été, il peut opter pour la chose même ou pour sa valeur. »¹

Nous ne partageons pas cette opinion. La théorie de l'article 1851, à propos des choses qui se détériorent en les gardant, repose sur cette idée que la société en est devenue propriétaire du jour de l'apport. C'est par cette raison que nous venons de décider que la valeur de l'apport devait être fixée au jour où il a été fait à la société ; c'est par la même raison que l'on doit refuser à l'associé, qui a fait l'apport, l'option entre la reprise en nature et la reprise en argent. Ajoutons que la solution que nous combattons serait peu équitable, puisque la société supporterait toutes les détériorations et ne profiterait jamais de l'augmentation de valeur des choses à elle apportées.²

162. — La troisième exception à la règle que la perte de la chose, apportée en jouissance seulement, incombe à l'associé, est relative aux choses destinées à être vendues, ou mises dans la société avec estimation : l'article 1851 déclare qu'elles sont aux risques de la société, d'où il suit que la société en devient propriétaire, et que l'associé qui a fait l'apport demeure seulement créancier du prix.

Le motif de cette exception est le même que dans les deux hypothèses précédentes : la société ne peut user des

¹ *Du Contrat de Société*, n° 591.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n° 395 ; Laurent, XXVI, n° 274.

choses destinées à être vendues qu'en en devenant propriétaire, et c'est en ce sens que la loi interprète la volonté des parties ; et, quant aux choses apportées avec estimation, le soin que les parties ont pris de les estimer doit faire supposer qu'elles ont entendu les vendre à la société qui les reçoit sur estimation. Cet effet de l'estimation a dicté les articles 1551, 1564 et 1565, au point de vue des droits du mari de la femme dotale sur la dot estimée, et c'est aussi la raison déterminante de la disposition de l'article 1851 que nous étudions.

Mais, à la différence de ce qui a lieu à propos de la dot sous le régime dotal,¹ la loi ne distingue pas, lorsqu'il s'agit de la société, entre les meubles et les immeubles ; et, contrairement à la disposition de l'article 1552, la simple estimation des immeubles suffira pour en rendre la société propriétaire, sans qu'il y ait besoin de déclaration expresse. M. Laurent a donné, à notre avis, le motif vrai de cette différence :

« Les sociétés, dit-il, se forment dans un but de spéculation, il importe donc de leur donner un pouvoir étendu sur l'apport des associés ; tandis que le régime dotal est essentiellement conservateur, à ce point que les fonds dotaux sont frappés d'inaliénabilité ; ce qui exclut l'intention d'en transférer la propriété au mari. »²

163. — L'article 1851 porte que si les choses ont été mises dans la société « sur une estimation portée par un inventaire », elles sont aux risques de la société ; mais l'on s'accorde à reconnaître que ce texte n'est qu'énonciatif, et que l'estimation peut être portée ailleurs que dans un inventaire. Du moment où les choses apportées ont été estimées contradictoirement entre la société et l'associé qui fait l'apport, cela suffit pour transférer la propriété à l'associé,

¹ Voir notre *Traité du Contrat de Mariage*, IV, n° 1767.

² XXVI, n° 276.

quelle que soit la nature de l'acte où cette estimation est contenue, acte de société, quittance de l'apport, etc...

Ajoutons que s'il s'agit d'immeubles, l'associé ne pourrait invoquer la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes de l'article 1674, car le motif spécial de ce texte, la volonté de protéger le vendeur qui n'a aliéné que contraint par la nécessité,¹ n'existe pas ici, nul n'étant jamais forcé de s'associer. D'un autre côté, si on peut, dans une certaine mesure, comparer ici le rôle de la société à celui d'un acheteur, les deux contrats n'en demeurent pas moins profondément dissemblables, et ils doivent être régis chacun par leurs règles spéciales.²

¹ Voir notre *Traité de la Vente*, II, n^{os} 682 et suiv.

² Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n^o 698 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n^o 175 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n^o 402.

SECTION II

Remboursement des créances des associés.

164. — L'article 1852 indique trois sortes de créances que l'associé peut avoir contre la société : les sommes qu'il a déboursées pour elle, les obligations qu'il a contractées pour ses affaires, et les risques inséparables de sa gestion.

Les dispositions de l'article 1852 ne sont pas nouvelles : elles sont empruntées à notre ancien droit, qui les avait lui-même empruntées au droit Romain.¹

« Les associés, dit Domat, recouvrent sur le fonds commun toutes les dépenses nécessaires, utiles et raisonnables qui regardent la société, et qui sont employées pour les affaires communes, comme sont les voyages, voitures, ports de hardes, salaires d'ouvriers, réparations nécessaires, et les autres semblables. Et si l'associé qui a fait ces dépenses en avait emprunté les deniers à intérêt, ou que, les ayant fournis lui-même, son remboursement fût retardé par les autres associés, il recouvrera aussi les intérêts depuis le temps qu'il aura fait l'avance, quoiqu'il n'y en ait pas de demande en justice. Car ce n'est pas un prêt, et c'est seulement une plus grande contribution dans le fonds commun. Mais les associés ne

¹ Voir notamment L. 38, § 1, L. 52, § 10, 12 et 15, et L. 67, D., *Pro socio* (XVII, 11); L. 27, D., *De negotiis gestis* (III, V); L. 18, § 3, D., *Famil. ercisc.* (X, 11).

« recouvrent pas les dépenses qu'ils font sans nécessité,
« ou pour leur plaisir.

« Si un associé souffre quelque perte particulière en fai-
« sant l'affaire de la société..., il sera dédommagé de ces
« sortes de pertes sur le fonds de la société, car c'est l'af-
« faire commune qui les a attirées ; et rien de sa part n'y
« a donné lieu. »¹

Nous allons étudier successivement les trois classes de créances qui peuvent, d'après ces principes, appartenir aux associés contre la société.

165. — L'associé peut réclamer, disons-nous, les sommes qu'il a « *déboursées pour la société* », frais de voyages, d'envoi d'argent ou de marchandises, paiement de droits de douane ou d'octroi, etc...²

Il a droit notamment, à ce titre, au remboursement des sommes qu'il aurait prêtées à la société, représentée soit par son gérant, lorsque le gérant est autorisé à contracter des emprunts, soit, s'il n'y a pas de stipulation quant à la gérance, par les autres associés. Du moment où la société est valablement représentée, l'associé est aussi capable d'acquérir des droits contre elle qu'un étranger. L'article 1852 prouve en effet qu'il l'oblige envers lui par les résultats de sa gestion : il doit en être de même, à plus forte raison, lorsqu'il intervient un contrat régulier entre les représentants de la société et l'un des associés, agissant en son propre nom.³

166. — L'associé n'a pas droit seulement au remboursement du principal des sommes qu'il a déboursées pour la société, il a droit aussi aux intérêts de ces sommes ; et ces intérêts courent de plein droit du jour où les avances ont eu lieu, au moins dans l'hypothèse où la dépense a été faite par l'associé agissant en qualité d'administrateur, soit parce qu'il en a la fonction, soit parce que, dans le silence du

¹ *Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section IV, n° 11 et 12. — *Sic*, Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 127-130.

² Cassation, 17 février 1886, Dalloz, 86, I, 443.

³ Cassation, 7 mai 1844, Sirey, 45, I, 53, et Dalloz, 51, V, 494.

contrat, chaque associé a un mandat réciproque d'administration, en vertu de l'article 1839.

Dans cette hypothèse en effet, cette solution n'est que l'application de l'article 2001, aux termes duquel l'intérêt des avances faites par le mandataire court de plein droit, à dater du jour des avances contractées.

Si l'associé n'est pas administrateur, la solution devra-t-elle être la même ? En général, les auteurs ne distinguent pas,¹ et, si l'on doit donner comme motif de décider le motif donné par quelques jurisconsultes, et reproduit dans un arrêt récent de la Cour de cassation, il n'y a pas lieu en effet de distinguer :

« Attendu, dit cet arrêt, qu'aux termes de l'article 1133
« du Code civil, les intérêts ne sont dus que du jour de la
« demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de
« plein droit ;

« Attendu que l'une des exceptions à ce principe général
« est prévue par l'article 1846 du même Code, d'après le-
« quel l'associé devient de plein droit, et sans demande,
« débiteur des intérêts des sommes prises dans la caisse
« sociale, du jour où il les en a tirées pour son profit ;
« que, *par une juste réciprocité*, la société doit, suivant la
« même règle, les intérêts des sommes avancées pour son
« compte par l'un des associés. »²

Mais ce motif de réciprocité nous paraît insuffisant : l'article 1133 décide que les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, à moins d'un texte qui les fasse courir de plein droit, et un argument de réciprocité n'équivaut pas à un texte précis.³

Aussi, croyons-nous que l'on doit traiter l'associé qui fait

¹ Duranton, XVII, n° 411 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 603 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 348 ; Aubry et Rau, IV, § 381, texte et note 5, p. 558 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 413. — *Compar.* L. 67, D., *Pro socio* (XVII, II).

² Cassation, 21 juillet 1884, Sirey, 86, I, 291.

³ *Compar.*, Pont, *Du Contrat de Société*, n° 413.

des avances à la société alors qu'il n'est pas administrateur, ni en vertu des statuts ou d'un acte postérieur, ni en vertu du mandat réciproque donné par l'article 1839, comme on traite un gérant d'affaires, et lui accorder ou lui refuser les intérêts de plein droit, suivant qu'on les accorde ou qu'on les refuse au gérant d'affaires.

Cette question, de savoir si le gérant d'affaires a droit comme le mandataire aux intérêts de plein droit, est très controversée : nous n'avons pas à prendre parti dans cette controverse, qui rentre dans l'étude de la gestion d'affaires, et nous nous bornons à signaler l'influence qu'elle doit exercer, selon nous, sur la solution de la question que nous examinons.¹

167. — L'associé n'a pas seulement droit aux intérêts des sommes qu'il a déboursées pour la société, dans la mesure que nous venons d'indiquer au numéro précédent ; il a droit aussi *aux intérêts des intérêts* de ces sommes, dans le cas où il a dû les payer au prêteur qui lui a fourni les fonds par lui avancés à la société.

Ce n'est pas là un anatocisme prohibé par l'article 1154, car l'associé ne retire aucun profit de ces intérêts des intérêts : il rentre seulement dans l'avance qu'il a faite au profit de la société, et l'article 1852 s'applique aussi bien à ce déboursé qu'il a fait dans l'intérêt de la société qu'à l'avance d'un capital. Le principe est toujours le même, la société doit le rendre indemne des dépenses qu'il a faites pour elle.²

¹ Voir, en faveur du système qui accorde les intérêts de plein droit au gérant d'affaires : Cassation, 7 novembre 1825, Sirey, c. n., VIII, I, 208 ; Lyon, 13 janvier 1849, Sirey, 49, II, 108, et Dalloz, 49, II, 218 ; Lyon, 29 janvier 1870, Sirey, 70, II, 152. — Larombière, *Des Obligations*, V, article 1375, n° 16 ; Colmet de Santerre, V, n° 354 bis, II ; Laurent, XX, n° 330, et XXVIII, n° 18 et suiv. — *Contra*, Cassation, 6 novembre 1865, Sirey, 66, I, 53, et Dalloz, 66, I, 252 ; Pau, 30 novembre 1869, Sirey, 70, II, 85 ; Rennes, 12 février 1880, Sirey, 81, II, 53, et Dalloz, 80, II, 221. — Duranton, XIII, n° 674 ; Aubry et Rau, IV, § 441, texte et note 12, p. 724 ; Pont, *Des Petits Contrats*, I, n° 1098.

² Cassation, 24 mars 1869, Sirey, 70, I, 315, et Dalloz, 70, I, 105.

168. — L'associé a aussi action contre la société, d'après l'article 1852, « à raison *des obligations* qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société. » Le motif du législateur est le même que dans la première hypothèse que nous venons d'examiner : il est juste que l'associé ne souffre aucun préjudice d'une opération qu'il a faite pour le compte de la société.

La loi Romaine, et après elle Pothier, nous fournit un exemple d'obligations de ce genre : un associé vend un immeuble appartenant à la société, et, en sa qualité de vendeur, il s'oblige à garantie vis-à-vis de l'acheteur. Il pourra demander aux autres associés de le garantir lui-même contre les effets de cette obligation, et, s'il est condamné, de l'indemniser :

« *Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum, pretium dividi debet ita, ut ei caveatur, indemnem eum futurum. Quod si jam damnum passus est, hoc ei præstabitur.* »¹

169. — L'associé peut encore recourir contre la société pour « les risques inséparables de sa gestion », suivant les expressions de l'article 1852.

Les jurisconsultes romains nous fournissent plusieurs exemples de ces risques : vol commis au préjudice de l'associé voyageant pour le compte de la société,² blessures à lui faites par des esclaves révoltés qu'il veut empêcher de s'enfuir, etc...³

On peut citer encore, à titre d'exemples plus modernes de ces risques, l'accident arrivé à l'associé qui dirige une machine ou fait pratiquer des fouilles pour le compte de la société, le naufrage dans lequel il perd les valeurs qu'il

— Pont, *Du Contrat de Société*, n° 413 ; Laurent, XXVI, n° 277.

— *Compar.* le passage de Domat cité au n° 164, *Suprà*.

¹ L. 67, D., *Pro socio* (XVII, II). — *Compar.* Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 127.

² L. 52, § 4, D., *Pro socio* (XVII, II).

³ L. 60, D., *Pro socio* (XVII, II).

avait emportées, alors qu'il faisait un voyage dans l'intérêt social, etc...

Mais il faut, suivant l'expression de l'article 1852, que les risques aient été *inséparables de sa gestion*, et s'ils ont été courus, en totalité ou en partie, par l'imprudence de l'associé, il n'en aura pas récompense contre la société. Ainsi il faudra, pour le cas de perte de valeurs au cas de naufrage ou de vol, admettre le tempérament qu'admettait Pothier : « Si l'associé, disait-il, a porté avec lui plus d'argent
« qu'il n'en fallait pour son voyage, et des choses dont il
« pouvait se passer, la société ne doit pas porter le risque
« de ce superflu, et ne doit pas en indemniser l'associé, s'il
« lui a été volé. »¹

170. — Pour le recouvrement des sommes dont l'associé est créancier contre la société, il doit, par application des principes que nous venons de poser, agir contre tous ses associés : c'est la conséquence qui découle nécessairement de la solution que nous avons admise à propos de la personnalité civile des sociétés. Puisque la société civile ne constitue pas une personne morale, du moins dans notre opinion, toute action à diriger contre elle, par un associé ou par des tiers étrangers à la société, doit être intentée contre tous les associés.²

L'action de l'associé créancier doit être dirigée, disons-nous, contre *tous* les autres associés : nous tranchons ainsi une question controversée, la question de savoir si les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales ; mais la négative, que nous proposons, nous semble résulter du motif suivant. La solidarité ne se présume pas et elle doit être expressément stipulée, aux termes de l'article 1202 ; et aucun texte ne l'édicte, lorsqu'il s'agit des dettes de la société civile.

On objecte qu'aux termes de l'article 2002, lorsqu'il y a

¹ *Du Contrat de Société*, n° 129.

² *Suprà*, n° 26. — Laurent, XXVI, n° 280.

plusieurs mandants, chacun est tenu solidairement envers le mandataire des effets du mandat ; et l'associé est, dit-on, le mandataire de ses co-associés. A cette objection on répond, avec raison, que l'associé créancier n'est pas seulement un mandataire, il est aussi un mandant, pour sa part dans la société, et il est tenu à ce titre de toutes les obligations du mandant ; il est donc, lorsqu'il a acquitté une dette de la société, dans la situation prévue par le premier alinéa de l'article 1214, et il ne peut répéter contre les autres mandants la dette qu'il a payée que pour la part et portion de chacun d'eux.¹

170 I. — Si l'un des associés devient insolvable, qui doit supporter les conséquences de son insolvabilité, de l'associé créancier ou des autres associés ?

D'après M. Laurent, du moment où l'on n'admet pas de solidarité entre les associés, on doit décider que la perte résultant de l'insolvabilité devra être supportée exclusivement par l'associé qui a fait l'avance. La dette est divisible, dit-il, chaque associé n'est donc tenu que pour sa part et portion, et ce serait apporter une exception non justifiée aux principes des obligations divisibles que de faire supporter aux associés solvables une quotité de la part de l'associé insolvable.²

L'opinion contraire nous paraît plus conforme aux principes particuliers de la société.

C'était la solution de la loi Romaine :

... « *Aut, si non omnes socii solvendo sint, quod à quibusdam servari non potest, à cæteris debeat ferre ? Sed Proculus putat, hoc ad cæterorum onus pertinere, quod ab aliquibus servari non potest ; rationeque defendi posse, quoniam societas, cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur.* »³

¹ Cassation, 15 novembre 1831, Sirey, 32, I, 10 ; Cassation, 8 janvier 1862, Sirey, 62, I, 477, et Dalloz, 63, I, 75. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 426 ; Laurent, XXVI, n° 280.

² Laurent, XXVI, n° 280.

³ L. 67, D., *Pro socio* (XVII, II).

C'était aussi celle de notre ancien droit :

« Si l'associé, dit Domat, ne pouvait recouvrer la portion
« de l'un des associés qui serait insolvable, ou que par
« d'autres causes on ne pût en retirer le paiement, cette
« portion se prendra sur tous. Car c'est pour la société que
« cet associé se trouve en avance, ou qu'il est entré dans
« cet engagement. Et les pertes comme les gains doivent
« se partager. »¹

« S'il y a des associés insolubles, dit Pothier, l'égalité
« qui doit être entre les associés ne permet pas que l'associé
« créancier de la société supporte seul la perte résultant
« de leur insolvabilité, et elle doit être répartie entre lui et
« ses associés solvables. »²

Le motif de l'exception que nous apportons aux principes ordinaires des obligations divisibles tient en effet aux caractères particuliers du contrat de société : les associés se sont unis pour la perte comme pour le gain, *tam lucri quam damni communio*, et il serait contraire à cette règle d'équité que la perte résultant de l'insolvabilité de l'un d'eux fût supportée uniquement par celui qui a fait une avance pour la société.³

¹ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section IV, § 15.

² *Du Contrat de Société*, n° 132.

³ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 425.

CHAPITRE III

DES OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS VIS-A-VIS DE LA SOCIÉTÉ.

171. — Nous répéterons ici l'observation que nous avons faite au début du chapitre précédent, à propos de l'intitulé du chapitre : la société civile n'étant pas une personne morale, dans l'opinion que nous avons adoptée, il ne peut pas plus exister d'obligations vis-à-vis d'elle qu'il n'en existe à son profit, et ce chapitre devrait être intitulé *Des obligations des associés entre eux* ; mais la formule que nous prenons, et qui est celle des textes du Code, indique mieux le caractère général des obligations que nous allons étudier.

172. — Les obligations des associés vis-à-vis de la société peuvent être divisées en quatre espèces, dont l'étude va être l'objet de ce chapitre :

I. — *Obligation des associés de réaliser l'apport qu'ils ont promis.*

II. — *Obligation de tenir compte à la société des valeurs sociales dont ils ont tiré un profit particulier.*

III. — *Obligation de réparer le dommage qu'ils ont causé à la société.*

IV. — *Obligation de contribuer aux frais nécessaires à la conservation des choses de la société.*

SECTION I

Obligation des associés de réaliser l'apport qu'ils ont promis.

173. — Nous avons vu, avec le chapitre V de la première partie de ce *Traité*, ce que c'est que l'apport, et la nécessité pour chaque associé de faire un apport pour que le contrat de société puisse valablement exister.¹

Il nous reste maintenant à étudier, et ce sera l'objet de la présente section, comment les associés doivent réaliser l'apport qu'ils sont tenus de faire.

Mais les principes qui gouvernent cette obligation des associés varient suivant la nature de leur apport. Cet apport peut en effet consister, soit en choses autres qu'une somme d'argent, apport qui est désigné sous le nom générique d'apport *en nature* ; soit en une somme d'argent, que l'on qualifie d'apport *en numéraire* ; soit enfin dans *l'industrie* de l'associé, apport dont nous avons reconnu la validité.

Nous étudierons successivement l'obligation de l'associé de réaliser son apport dans chacune de ces hypothèses.

174. — Avant d'aborder l'examen des règles particulières à la réalisation de chacun de ces apports, constatons, avec l'article 1845, que chaque associé est débiteur

¹ *Suprà*, n^{os} 61-65.

² *Suprà*, n^o 63.

envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter. Ce texte est emprunté à Pothier, qui commençait dans les termes suivants l'étude des règles sur la réalisation de l'apport promis par les associés : « Il est évident, disait-il, que cha-
« cun des associés est débiteur à la société de tout ce
« qu'il a promis d'y apporter. »¹

Ce point est même tellement évident qu'il n'était pas besoin d'un texte pour le rappeler : chaque contractant est tenu d'exécuter les obligations qu'il a prises, et l'associé qui a promis un apport est, à ce point de vue, dans la situation de tout obligé. L'observation faite par Pothier était bien à sa place dans un livre de doctrine, comme exposé d'un principe dont l'auteur allait ensuite déduire les conséquences ; les rédacteurs du Code auraient mieux fait de ne pas la reproduire, à raison de son inutilité dans la loi.²

175. — Nous nous occuperons d'abord de l'apport *en nature*, c'est-à-dire, comme nous l'avons indiqué, de l'apport d'une chose autre qu'une somme d'argent.

L'associé qui promet d'apporter cette chose peut promettre d'en apporter à la société la propriété, l'usufruit ou simplement la jouissance, et l'étendue de ses obligations varie dans l'une ou dans l'autre de ces hypothèses, que nous allons examiner.

176. — Si l'associé a promis d'apporter un objet en propriété, et que cet objet soit un corps certain, la propriété en est immédiatement transférée à la société, du jour de la convention qui constate l'obligation d'apport. C'est l'application du principe nouveau sur la transmission de propriété, tel qu'il résulte des articles 711 et 1138 du Code civil.³

Lorsque nous disons que la propriété est transférée à la société, ces expressions, qui seraient exactes pour une société commerciale, à raison de la personnalité civile que la

¹ *Du Contrat de Société*, n° 110.

² *Compar. Pont, Du Contrat de Société*, n° 252.

³ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 256.

loi lui reconnaît, ne le sont pas pour une société civile, à raison de l'absence de personnalité juridique de cette société. La propriété de l'apport est donc transférée à tous les associés, en ce sens que l'associé qui fait l'apport demeure propriétaire pour sa part virile du corps certain qu'il apporte, et que les autres associés en acquièrent la propriété, chacun pour sa part et portion.

177. — La propriété du corps certain apporté est transférée, disons-nous, du jour du contrat de société ; mais ce principe, certain entre les associés, reçoit une exception à l'égard des tiers, lorsqu'il s'agit d'immeubles, et la propriété n'en sera transférée à l'égard des tiers que par la transcription de l'acte de société.

Cette solution a été contestée, par le motif que la loi fiscale ne soumet pas l'apport, en pareil cas, au droit proportionnel de mutation, mais seulement à un droit fixe : l'article 68, § 3, n° 4 de la loi du 22 frimaire an VII ne soumet en effet qu'au simple droit fixe « les actes de société « qui ne portent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens immeubles *entre les associés* ou autres personnes » ; et on a conclu de là qu'il n'y avait pas mutation de propriété pouvant donner lieu à transcription, pas plus qu'elle ne donne lieu au paiement du droit proportionnel. On ajoute que cette solution ne présente aucun inconvénient, car la publicité donnée à l'acte de société remplace celle qui résulte de la transcription.¹

Cette opinion, d'ailleurs isolée, doit évidemment être rejetée. Il n'est pas contestable que l'associé qui a promis d'apporter en société la propriété d'un bien se dépouille de cette propriété, et que cette propriété passe à la société, s'il s'agit d'une société ayant une personnalité juridique, aux autres associés pour leur part et portion, si la société n'a pas de personnalité civile. C'est ce qui résulte à la fois du but même de l'apport en propriété, et du texte de l'article 1845, qui

¹ Sellier, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, n° 123.

déclare que l'associé est garant envers la société de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur ; garantie qui ne s'expliquerait pas si l'apport en société n'était point, comme la vente, translatif de propriété. La disposition de la loi du 22 frimaire an VII, disposition fiscale toute de faveur pour les sociétés, ne contredit pas cette solution ; et, quant à la publicité de l'acte de société qui remplacerait celle qui résulte de la transcription, l'argument est sans portée pour les sociétés civiles, qui ne sont assujetties à aucune publicité. On reste donc en face du texte de l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1855, qui oblige à transcrire « *tout acte entre vifs translatif de propriété immobilière,* » et tel est bien le caractère de l'apport en société.¹

178. — La solution que nous venons d'adopter au numéro précédent, en ce qui concerne la nécessité de transcrire l'acte d'apport d'un immeuble, ne conduit-elle pas à décider, par analogie, que si l'objet apporté est une créance, l'acte qui constate l'apport doit être signifié au débiteur cédé ou doit être accepté par lui ?

On adopte en général l'affirmative, et les motifs de cette opinion, fondée sur l'analogie qu'il y aurait entre la transcription, pour l'apport d'un immeuble, et la signification ou l'acceptation, pour l'apport d'une créance, ont été très bien indiqués par un arrêt de la cour de Paris :

« Considérant que si l'apport d'une chose en société rend
« la société propriétaire de l'apport, qui se trouve, comme
« tout l'actif social, affecté aux créanciers sociaux à l'ex-
« clusion des créanciers personnels de l'associé, la trans-
« mission de propriété qui s'opère de l'associé à la société
« n'a d'effet vis-à-vis des tiers, et ne leur est opposable
« qu'autant qu'elle a été accompagnée des formalités de

¹ Cassation, 8 mars 1875, Sirey, 75, I, 449, et Dalloz, 76, I, 369.
— Mourlon, *De la Transcription*, I, n° 52 ; Flandin, *De la Transcription*, I, n° 266 ; Troplong, *De la Transcription*, n° 63 ; Aubry et Rau, II, § 209, p. 291, et IV, § 378, texte et note 10, p. 551 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 21.

« droit commun nécessaires pour que l'effet des actes trans-
 « latifs de propriété s'étende à d'autres personnes qu'aux
 « parties contractantes :

« Qu'il suit de là que si l'apport social consiste en im-
 « meubles, l'acte de société doit être transcrit pour pouvoir
 « être opposé aux tiers, et que, si l'apport consiste en
 « créances, la société à laquelle ces créances sont trans-
 « portées par le fait même de l'apport n'est saisie, à l'é-
 « gard des tiers, que par la signification aux débiteurs de
 « l'acte duquel résulte ce transport; qu'il n'y a aucun motif
 « juridique pour affranchir le transport de créances fait
 « sous forme d'apport social des règles rendues nécessaires
 « par la nature des choses en matière de droits incorpo-
 « rels; qu'il est manifeste, en effet, que si le débiteur
 « n'était pas instruit d'une manière légale du transport de
 « propriété qui s'est opéré du créancier originaire à la so-
 « ciété, rien ne l'empêcherait de se libérer valablement
 « entre les mains de ce créancier ou de ses représentants,
 « et que, par la même raison, rien n'empêche les créan-
 « ciers de celui qui a fait un apport de créances de saisir-
 « arrêter lesdites créances entre les mains des débiteurs,
 « tant qu'une signification régulière de transport n'a pas,
 « à leur égard, dessaisi le cédant au profit du concession-
 « naire. »¹

Nous avons soutenu, dans notre *Traité de la Vente*,² l'opi-
 nion contraire, et un examen nouveau de la question n'a fait
 que nous confirmer dans notre opinion.

Le motif qui nous détermine est que, à la différence de
 l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1855, qui s'applique « à

¹ Paris, 20 mars 1868, et Cassation, 28 avril 1869, Sirey, 69, I, 313, et Dalloz, 69, I, 445; Paris, 18 décembre 1884, Dalloz, 86, II, 15. — Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 766; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 379; Aubry et Rau, IV, § 378, texte et note 11, p. 551; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 21.

² II, n° 795.

« tout acte entre vifs translatif de propriété immobilière », l'article 1690, qui est au titre *De la vente*, n'est écrit que pour la cession, c'est-à-dire pour la vente de créances ; et nous ne croyons pas qu'on puisse étendre par analogie une formalité de publicité d'une matière à une autre, appliquer à la société ce qui est écrit pour la vente, et réciproquement.

M. Laurent, qui se borne à exposer la question sans prendre parti, a cependant très bien vu la portée de l'argument que nous présentons. Après avoir indiqué l'opinion régnante, en doctrine et en jurisprudence, il ajoute :

« Il reste cependant un doute que le législateur aurait dû trancher : l'interprète peut-il appliquer par analogie des dispositions qui établissent des conditions pour la transmission de la propriété à l'égard des tiers ? Si l'on s'en tient à la rigueur des principes, *la négative est certaine.* »¹

Nous ne voyons pas pourquoi on ne s'en tiendrait pas à la rigueur des principes.

Mais, étant donné que notre opinion est isolée, nous devons examiner avec soin les objections du système que nous combattons.

On objecte d'abord que les créanciers de l'associé pourront saisir-arrêter la créance transportée, tant qu'il n'y aura pas de signification régulière de transport : mais c'est la question par la question, et, si l'article 1690 n'est pas applicable à l'apport en société, comme nous le pensons, on appliquera l'article 1328, et, du jour où l'apport en société aura acquis date certaine, il sera opposable aux créanciers de l'associé.

On objecte, en second lieu, que le débiteur cédé pourra se libérer, aux mains de son créancier originaire, tant qu'il n'aura pas été averti de l'apport en société : cela est vrai, mais, si notre système est vrai, on pourra l'en avertir par un procédé autre que par la signification prescrite dans l'article 1690. Lorsqu'il s'agit de cession de créance, nous

¹ XXVI, n° 245.

avons pensé, avec l'opinion dominante, que la formalité de la signification ne pouvait être remplacée par des équivalents ;¹ ici au contraire, du moment où le débiteur sera informé n'importe comment de l'apport en société, il ne pourra se libérer qu'aux mains du représentant légal de la société.

Nous croyons d'autant plus à l'exactitude du système que nous proposons que les formalités de l'article 1690 constituent des formalités tout à fait arbitraires, qui se rattachent à l'ancienne théorie de la tradition,² et qui, maintenues par exception pour la vente, ne peuvent être étendues à d'autres contrats comme étant l'expression de principes généraux.

179. — Aux termes de l'article 1845, l'associé est, au cas d'éviction, garant de son apport vis-à-vis de la société « *de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur.* »

Pothier donne exactement le motif de cette garantie :

« Le contrat de société étant, de même que le contrat de vente, un contrat commutatif, l'associé qui, par le contrat de société, promet d'apporter à la société quelque corps certain et déterminé, contracte envers la société la même obligation de garantie, en cas d'éviction de ce corps certain qu'il a apporté à la société, qu'un vendeur contracte envers l'acheteur. »³

L'associé a promis d'apporter à la société un corps certain dont la valeur a déterminé les autres associés à entrer en société, et à faire de leur côté un apport : si ce corps certain est enlevé à la société par un tiers qui s'est fait reconnaître propriétaire, l'associé qui l'a apporté doit tenir compte de sa valeur, sans quoi les autres associés ne trouveraient plus dans la société l'équivalent de ce qu'ils y ont mis, de même que l'acheteur évincé n'a plus l'équivalent du prix qu'il a payé.

¹ Voir notre *Traité de la Vente*, II, n° 778.

² Voir notre *Traité de la Vente*, II, n° 770.

³ *Du Contrat de Société*, n° 113.

Remarquons, avec Pothier,¹ que la garantie n'existe pas dans la société universelle, car dans cette société l'associé s'oblige à apporter une universalité, tout ce qu'il possède actuellement, et non tel ou tel bien déterminé : l'éviction d'un bien n'est donc pas l'inexécution de son engagement. C'est d'ailleurs ce qui résulte de l'article 1845, qui n'oblige l'associé à garantie que si l'apport consiste en « *un corps certain* », c'est-à-dire dans le cas d'une société particulière. D'ailleurs, il en est ainsi en matière de vente, où, par les mêmes motifs,² le vendeur d'une hérédité n'est pas tenu à garantie, et il doit en être de même au cas de société universelle.³

180. — L'article 1845 se borne à dire que l'associé est, au cas d'éviction, obligé à garantie *de la même manière qu'un vendeur* : mais cette assimilation faite d'une manière générale est-elle exacte, et toutes les règles de l'éviction au cas de vente sont-elles applicables à l'éviction au cas de société ?

La question se présente dans plusieurs hypothèses.

On se demande d'abord si l'éviction totale de l'objet apporté par l'un des associés entraîne la résolution de la société. Pour que la question naisse, il faut que l'associé, dont l'apport a été enlevé par éviction, ne puisse pas fournir à la société un objet identique à celui qui a été enlevé ; car, s'il le peut, on s'accorde à reconnaître que toute action en garantie s'éteint.⁴

Mais, s'il ne le peut pas, faut-il admettre, avec M. Pont,⁵ que les autres associés auront l'option de demander la ré-

¹ *Du Contrat de Société*, n° 114.

² Voir notre *Traité de la Vente*, II, n° 862 et suiv.

³ Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 167 ; Aubry et Rau, IV, § 380, p. 555 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 266 ; Laurent, XXVI, n° 247.

⁴ Pardessus, *Cours de droit commercial*, IV, n° 989 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 164-165 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 271.

⁵ *Du Contrat de Société*, n° 270.

solution de la société ou des dommages et intérêts ? Nous ne le croyons pas, et nous pensons, avec MM. Lyon-Caen et Renault,¹ qu'il y a lieu d'appliquer par analogie l'article 1636, qui décide que l'acquéreur pourra faire résilier la vente, *s'il n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé*, mais seulement dans ce cas. On peut dire d'abord, à l'appui de cette solution, que l'éviction que les associés subissent dans ce cas n'est que partielle, car ils ne sont privés que d'un apport, et non de la totalité des apports en vue desquels le contrat de société a été formé. Nous ajouterons que si l'on doit appliquer les règles de la garantie en cas d'éviction, il ne faut les appliquer qu'avec les modifications nécessaires qui résultent de la différence entre la société et la vente ; et il serait déraisonnable, et contraire à l'intention des parties au moment de la formation du contrat, de prononcer la résolution de la société, lorsqu'il est certain que la privation de l'objet apporté n'entravera en rien les opérations sociales.

181. — Doit-on appliquer à la société les règles des articles 1617 et suivants, relatives au défaut ou à l'excédant de contenance dans les ventes d'immeubles ?

Une opinion soutient l'affirmative, par les motifs suivants. Le but de la loi, dans les articles 1617 et suivants, a été de prévenir les inconvénients qui naîtraient du droit rigoureux des parties, en l'absence de texte, d'exiger exactement la contenance promise ; or ces inconvénients seraient les mêmes dans le contrat de société que dans la vente, et c'est un motif pour appliquer ces dispositions. On ajoute que s'il n'y a pas de disposition explicite qui renvoie aux articles 1619 et suivants, l'article 1845 suffit, car, en renvoyant aux règles de la vente pour le cas d'éviction, il montre suffisamment l'identité de caractère des deux contrats.²

¹ *Traité de droit commercial*, II, n° 17.

² Duranton, XVII, n° 293 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 534 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 265.

Nous croyons le système contraire préférable, et nous pensons que, dans le contrat de société, les associés sont en droit d'exiger toute la contenance promise.

Si le contrat de société et le contrat de vente présentent des analogies, ils offrent aussi des dissemblances profondes, et on peut dire en particulier que l'égalité est plus impérieusement exigée dans la société que dans les autres contrats. On doit appliquer à la société ce que les jurisconsultes romains disaient des rapports : *hic titulus habet manifestam æquitatem* ; et les articles 1617 et suivants, qui permettent au vendeur de livrer moins qu'il n'a promis, sont dans une certaine mesure contraires à l'équité. De plus, ces textes renferment des règles arbitraires, et il est difficile de les étendre à un autre contrat qu'à celui pour lequel elles ont été écrites. Lorsque le législateur a voulu qu'il en fût ainsi, il s'en est expliqué, et voilà pourquoi, au titre *Du louage*, l'article 1765 renvoie aux articles 1617 et suivants ; mais nous ne trouvons aucun renvoi de ce genre au titre *De la société*, et l'article 1845, qui ne traite que de la garantie, est insuffisant pour faire appliquer à la société des textes qui sont dans la section *De la délivrance*.¹

182. — L'article 1845 ne prévoit textuellement que la garantie résultant de l'éviction de la propriété ; mais la garantie due à raison de l'existence de servitudes passives non révélées lors de l'apport en société, ou de la privation de servitudes actives qui existaient en apparence au profit de l'immeuble apporté, et la garantie à raison des défauts cachés de la chose apportée en société sont de même nature que la garantie pour cause d'éviction de la propriété ; et les principes écrits sur la garantie des servitudes et la garantie des défauts cachés, au titre *De la vente*, devront être appliqués au contrat de société.

¹ Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 156 ; Laurent, XXVI, n° 246 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 17. — *Compar.* Cassation, 14 janvier 1862, Sirey, 62, I, 533, et Dalloz, 62, I, 591.

Ici nous n'avons pas d'hésitation : l'article 1845 renvoie aux principes de la garantie en cas d'éviction, et la garantie en matière de servitudes est, pour les rédacteurs du Code, un des cas de la garantie pour cause d'éviction.¹ Quant à la garantie pour défauts cachés, elle procède des mêmes principes que la garantie pour cause d'éviction, c'est la sanction du caractère commutatif du contrat, et le renvoi aux règles de la garantie au cas d'éviction suffit pour entraîner l'application de toute la section III, *De la garantie*.²

183. — L'associé qui doit apporter un corps certain en société doit-il les fruits, naturels ou civils, du jour de la convention ? Il n'y a aucun doute pour les fruits qu'il a perçus, il doit les restituer à la société propriétaire de l'apport depuis le jour du contrat : mais doit-il compte à la société, s'il ne lui a pas été fait de mise en demeure, des fruits qu'il n'a pas perçus et que la société eût pu percevoir ?

Non, d'après un premier système.

« Tant que l'associé, disait Pothier, n'a pas été mis en
« demeure d'apporter à la société ces choses qu'il a promis
« d'y apporter, il n'est tenu de faire raison à la société que
« des fruits de ces choses qu'il a perçus. Mais depuis qu'il
« a été mis en demeure de les y apporter, il est tenu même
« de ceux qu'il n'a pas perçus et que la société eût pu per-
« cevoir ; car c'est un effet de la demeure d'obliger le dé-
« biteur à indemniser son créancier de tout ce que le
« créancier a souffert de la demeure. »³

C'est le motif que l'on donne encore, sous l'empire du Code civil, pour soutenir cette opinion : la mise en demeure seule, dit-on, peut avoir pour effet d'obliger l'associé à tenir compte de fruits qu'il n'a pas perçus.⁴

Nous croyons qu'il vaut mieux décider que, sans aucune

¹ Voir notre *Traité de la Vente*, I, n° 413.

² Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 166 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 273.

³ *Du Contrat de Société*, n° 115.

⁴ Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 531 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, II, n° 152.

mise en demeure, l'associé sera débiteur des fruits que la société aurait pu percevoir.

L'article 1846 prouve qu'il en doit être ainsi, puisque, quand l'apport est d'une somme d'argent, ce texte porte que les intérêts courent *de plein droit et sans demande*, à compter du jour où la somme devait être payée. Cet article démontre que, dans le contrat de société, l'arrivée du terme constitue une mise en demeure suffisante, et il n'y a aucune raison d'établir une différence entre les fruits d'un immeuble et les intérêts d'une somme d'argent : dans les deux cas l'équité exige que le retard de l'associé à remplir ses obligations ne nuise pas à la société.¹

Ajoutons qu'en outre de cette restitution de fruits l'associé en retard peut être passible de dommages et intérêts, si son retard a occasionné un préjudice sérieux à la société. L'article 1846 le décide ainsi lorsque l'apport consiste en une somme d'argent, et il n'est pas plus licite de causer dommage à la société pour l'associé qui fait un apport en nature que pour l'associé qui fait un apport en argent.

C'est même par un argument *à fortiori* que nous pouvons invoquer l'article 1846, car ce texte déroge, lorsqu'il s'agit d'un apport en argent, à la règle que les dommages et intérêts ne consistent que dans l'intérêt légal.²

184. — Pour qui sont les risques dans l'hypothèse que nous examinons, celle où l'apport consiste en un corps certain ? Nous avons étudié la question avec l'article 1867 dans le chapitre précédent, *Des obligations de la société envers les associés*, et nous avons interprété ce texte en ce sens qu'il ne déroge pas aux principes généraux du droit sur les risques ; nous avons décidé par suite que les risques du corps certain apporté incombent à la société, du jour où elle en est devenue propriétaire.³

¹ Duranton, XVII, n° 399 ; Aubry et Rau, IV, § 380, p. 554 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 263.

² Duranton, XVII, n° 398-399 ; Aubry et Rau, IV, § 380, texte et note 2, p. 554-555.

³ *Suprà*, n° 153.

185. — L'article 1845 oblige, comme nous venons de le dire, l'associé à la même garantie que le vendeur d'un corps certain : faut-il en conclure que l'associé, qui apporte un corps certain en société, pourra invoquer le privilège que les articles 2102 et 2103 accordent au vendeur non payé ? On fait, à ce propos, une distinction que nous approuvons pleinement : si l'associé se borne à recevoir, en échange du corps certain qu'il apporte en société, une part proportionnelle de bénéfices, il n'aura droit à aucun privilège pour garantir la restitution de son apport ; mais s'il apporte une partie de son immeuble comme mise sociale, et l'autre partie moyennant un certain prix, il aura un privilège pour le prix stipulé. Pour la première portion en effet, il est un associé, et comme les privilèges sont de droit étroit, on ne peut étendre à l'associé le privilège créé pour le vendeur ; pour la seconde portion au contraire, elle est cédée moyennant un prix, c'est-à-dire par un véritable contrat de vente accessoire au contrat de société, et cette vente doit donner naissance au privilège des articles 2102 et 2103.¹

186. — Si l'associé, au lieu d'apporter à la société la propriété d'un corps certain, doit apporter seulement la propriété d'objets indéterminés, nous avons vu que l'associé n'est libéré de l'obligation où il est d'en faire l'apport qu'à partir du moment où la société en est devenue propriétaire, par la livraison qui les individualise ; et que, jusqu'à ce moment, les risques sont pour le compte de l'associé, en vertu de la règle *genus nunquam perit*.²

187. — L'associé peut, au lieu de mettre en société la propriété d'un bien, n'en apporter à la société que la jouissance.

Si les parties s'en sont expliquées, la situation est très simple : la société n'aura droit qu'à la jouissance qui lui a

¹ Cassation, 13 juillet 1841, Sirey, 41, I, 731. — Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 11, p. 168 ; Pont, *Des Privilèges et hypothèques*, I, n° 197.

² *Suprà*, n° 154. — *Compar.* L. 58, § 1, D., *Pro socio* (XVII, II).

été promise, et l'unique question sera de savoir quel est le caractère de cette jouissance, question que nous allons examiner bientôt.

Mais qu'arrivera-t-il si les parties n'ont rien dit ?

D'après une opinion, on doit en pareil cas présumer que l'apport est fait en propriété :

« Il faut, dit M. Duranton, décider que les parties sont
 « censées avoir voulu mettre en commun la propriété même
 « des choses, et non pas seulement leur simple jouissance...
 « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs
 « personnes *mettent en commun quelque chose*, dans la vue
 « de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Or ce bé-
 « néfice ne consiste pas seulement dans des fruits ou dans
 « les produits de l'usage ; il consiste aussi dans la plus-
 « value que les choses pourront acquérir : en sorte qu'on
 « peut dire que le droit commun, c'est la mise de la pro-
 « priété des choses dans la société, et l'exception, la mise
 « de la simple jouissance. »¹

Toutefois, si l'un des associés n'apporte que son industrie, tandis que l'autre apporte un bien, on devra, dans cette opinion, présumer que l'apport du bien n'est fait qu'en jouissance :

« ... Il n'est pas présumable, continue M. Duranton,
 « qu'on ait évalué cette industrie à la valeur du capital
 « apporté par ce co-associé, ni même à ce que celui-ci a mis
 « de plus de fonds que l'autre. Il y a bien plus lieu de
 « croire, en effet, que l'industrie a été comparée par les
 « parties avec l'intérêt de la somme mise par l'une d'elles
 « dans la société, ou avec l'intérêt de l'excédant de cette
 « somme relativement à celle apportée par l'associé qui a
 « mis aussi son industrie. »²

D'autres auteurs pensent au contraire que, même dans le cas où l'un des associés n'apporte que son industrie, l'apport de l'autre associé doit être présumé fait en propriété :

¹ XVII, n° 408.

² Duranton, *Op. et Loc. citat.* — Sic, Pardessus, *Cours de droit commercial*, IV, n° 990.

« On ne doit pas, dit M. Duvergier, poser comme règle générale d'interprétation des contrats de société que, lorsque la mise de l'un consiste en industrie, l'argent de l'autre n'est engagé que pour la jouissance. C'est au principe opposé que, dans le doute, il serait convenable de s'attacher ; car la présomption légale est que les choses qui composent les mises sont apportées à la société en toute propriété. »¹

Nous croyons qu'il faut repousser également ces diverses présomptions, et décider que les juges devront, dans chaque affaire, examiner, d'après les circonstances particulières de la cause, d'après la nature des apports des différents associés, leur importance, le but de la société, etc..., ce que les associés ont entendu, et s'ils ont voulu que l'apport fût fait en propriété ou en jouissance seulement.

Nous comprendrions très bien qu'en cette matière la loi établît une présomption ; et nous croyons que dans ce cas elle devrait décider que, si les parties n'ont rien dit, l'apport sera présumé fait en propriété. Apporter un bien en effet, ce n'est pas en apporter la jouissance, c'est apporter le bien lui-même, sauf aux parties à déclarer, si elles le veulent, qu'elles entendent restreindre à la jouissance l'apport qui est fait de ce bien.

Mais la loi n'a rien dit, elle n'a établi aucune présomption, et il ne peut être question dès lors de présomptions générales, applicables à toutes les sociétés. C'est dans l'étude de chaque acte de société, dans l'examen des diverses clauses de ces actes et des circonstances particulières de chaque affaire, que les tribunaux devront chercher des éléments de décision, pour savoir si l'apport est fait en propriété ou en jouissance.²

188. — Lorsqu'il est établi, par l'acte de société ou par les circonstances de la cause, que l'apport est fait en jouis-

¹ *Du Contrat de Société*, n° 204.

² Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 28.
— *Compar. Pont, Du Contrat de Société*, n° 281-287.

sance seulement, toute difficulté n'est pas résolue ; il reste encore à déterminer quelle est la nature du droit de jouissance conféré à la société : est-ce un droit *réel*, un droit d'usufruit qui est conféré à la société, ou simplement un droit *personnel*, analogue au droit que le bail confère au preneur ? Nous n'avons pas besoin d'insister sur la différence qu'il y a entre ces deux droits, différence qui est importante surtout au point de vue de la garantie que devra l'associé, si on doit le considérer comme un bailleur, et dont il ne sera tenu en aucune manière, si on peut l'assimiler à un nu-propriétaire.¹

Nous retrouvons à propos de cette question la même difficulté que dans l'hypothèse précédente : doit-on présumer, soit, comme le veulent certains auteurs, que l'apport est un apport d'usufruit,² soit, comme d'autres le soutiennent, que c'est l'apport d'un droit de jouissance analogue à celui du preneur dans le contrat de bail ?³

Là encore, à notre avis, il faut écarter ces présomptions, les unes comme les autres. Le législateur n'en a édicté aucune, et il n'appartient pas à l'interprète d'en créer. Ce sera donc dans l'examen des actes intervenus entre les parties, et des circonstances dans lesquelles ces actes ont été faits, que les juges devront trouver les motifs de décider.⁴

189. — Si les juges constatent que le droit concédé à la société est un droit d'usufruit, les effets de cet apport seront les mêmes que ceux d'un apport en propriété, sauf l'étendue du droit concédé à la société.

Dans les deux cas, à partir du moment où le droit est constitué au profit de la société, c'est à elle seule qu'in-

¹ Voir, sur ce point, notre *Traité du Louage*, I, n° 9.

² Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 538 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 168.

³ Duranton, XVII, n° 393.

⁴ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 276 ; Laurent, XXVI, n° 248 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 28.

combent les risques du bien apporté en société, et, si le bien vient à périr par cas fortuit, la société n'est pas dissoute et l'associé ne doit aucune garantie. Il ne sera, dans les deux cas, garant envers la société qu'en cas d'éviction.

En la forme, si les biens apportés sont des immeubles, l'acte constitutif de ce droit devra être transcrit, par application de l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1855, qui prescrit la transcription de tout acte constitutif de droits réels susceptibles d'hypothèque.

190. — Si les tribunaux décident que l'apport fait à la société n'est pas un apport d'usufruit, mais seulement de la jouissance de la chose apportée, quelle va être la nature de cette jouissance conférée à la société ?

On compare en général, avons-nous dit, cette jouissance à celle du preneur dans le contrat de bail, et cette assimilation est exacte à deux points de vue.

En premier lieu, l'associé qui a fait l'apport doit à la société la paisible jouissance de la chose qu'il s'est engagé à apporter, de telle sorte qu'il n'est pas seulement garant au cas d'éviction, mais qu'il doit garantie, comme le bailleur, pour toutes les causes qui empêchent la jouissance de la société de s'exercer utilement, ces causes fussent-elles nées postérieurement à l'apport en société.

En second lieu, si la chose vient à périr par cas fortuit après l'apport en société, la société sera dissoute, par application de l'article 1867, 2,¹ comme le contrat de bail est résolu par la perte fortuite de la chose louée.²

Ces deux conséquences nous paraissent faciles à admettre, car elles ne sont pas la conséquence de principes particuliers au contrat de bail, mais bien des caractères de contrat commutatif et de contrat successif qui sont communs au contrat de bail et au contrat de société. L'une d'elles, même, la seconde, résulte du texte de l'article 1867,

¹ *Suprà*, n° 153.

² Voir, notre *Traité du Louage*, I, n° 384 et suiv.

Mais faut-il pousser l'assimilation plus loin, et dire que l'apport en société d'un immeuble donnera lieu à transcription, s'il est fait pour une durée de plus de dix-huit années, par application de l'article 2, 4°, de la loi du 23 mars 1855 ?

La solution affirmative ne paraît pas douteuse à certains auteurs.¹

D'autres au contraire pensent qu'il faut, à ce point de vue, assimiler l'apport en société à un droit d'usufruit, et transcrire cet apport, même s'il est fait pour une durée de moins de dix-huit années.²

La question nous paraît fort embarrassante. Néanmoins nous croyons que la solution la meilleure est d'exiger la transcription de l'acte, même si l'apport est fait pour une durée de moins de dix-huit années.

On doit écarter d'abord la solution qui serait peut-être la plus logique, d'après laquelle l'acte ne serait pas soumis à la transcription. La société ne peut exister que si l'acte d'apport à elle consenti est opposable aux tiers, et il serait tout à fait contraire à l'esprit de la loi du 23 mars 1855, qui veut que l'on transcrive même les baux, si leur durée dépasse dix-huit années, qu'un tel droit existât sans que les tiers pussent en avoir connaissance.

Nous estimons, d'un autre côté, qu'il est impossible de déclarer l'acte de société inopposable aux tiers, quant aux apports immobiliers de jouissance qu'il renferme, parce qu'il n'est pas transcrit en exécution de l'article 2, 4°, de la loi du 23 mars 1855, lequel ne vise que les baux ; et l'apport d'un immeuble n'est pas un bail, puisqu'il n'y a pas de *prix en argent* payé par la société à l'associé qui fait l'apport, et ce prix est une condition essentielle du contrat de louage.³ C'est par le même motif que, dans le cas d'ap-

¹ Flandin, *Traité de la Transcription*, I, n° 269. — Compar. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, n° 27.

² Mourlon, *Traité de la Transcription*, I, n° 52.

³ Voir notre *Traité du Louage*, I, n° 62 et suiv.

port en propriété, nous n'avons pas accordé à l'associé le privilège du vendeur, parce que, s'il y a des analogies entre la vente et l'apport en société, il n'y a pas de vente lorsqu'il n'y a pas de prix.¹ C'est ainsi encore que nous avons pensé qu'il n'y avait pas lieu à la signification ou à l'acceptation exigées par l'article 1690, dans le cas d'apport de créances, car l'apport en société n'est pas une vente de créances.² De même ici, il nous paraît impossible d'obliger la société à remplir des formalités de publicité qui ne sont imposées qu'au preneur dans le contrat de louage de choses.

Voici comment on peut arriver à légitimer la solution que nous proposons.

La loi du 23 mars 1855 impose la transcription des actes translatifs de droits réels susceptibles d'hypothèque, par conséquent de l'usufruit, que l'article 2118 déclare susceptible d'hypothèque : or, on peut, suivant l'idée ingénieuse de M. Mourlon, dire que l'apport en société est un usufruit *avec quelque chose de plus*, avec l'obligation personnelle de l'associé de garantir à la société la jouissance de l'apport dont il est tenu, comme le ferait un bailleur.

Nous ne savons pas si les rédacteurs de la loi du 23 mars 1855 ont prévu cette application de la loi qu'ils édictaient, mais elle rentre certainement dans l'esprit de cette loi, et il est possible, comme nous venons de le dire, de la mettre en harmonie avec son texte.

191. — Nous venons d'étudier les règles de l'apport *en nature* ; nous avons à examiner maintenant celles de l'apport en argent, désigné, avons-nous dit, sous le nom d'apport *en numéraire*, par opposition à l'apport en nature.

L'associé doit, pour l'apport en numéraire comme pour l'apport en nature, l'effectuer à l'époque indiquée dans l'acte de société, ou aux époques qui seront fixées par l'assemblée générale des associés, ou, suivant les cas, par les

¹ *Suprà*, n° 185.

² *Suprà*, n° 178.

gérants pour les appels de fonds. S'il ne le faisait pas, il ne devait les intérêts, dans notre ancien droit, que du jour de la mise en demeure :

« Lorsque la chose qu'un associé a promis d'apporter en « société est une somme d'argent, dit Pothier, l'associé en « doit les intérêts à la société *du jour qu'il a été mis en* « *demeure* par ses associés de l'y apporter, de même que « tout autre débiteur. »¹

L'article 1846 déroge à cette règle de notre ancien droit :

« L'associé, dit ce texte, qui devait apporter une somme « dans la société et qui ne l'a point fait, devient, *de plein* « *droit et sans demande*, débiteur des intérêts de cette « somme, à compter du jour où elle devait être payée.

« ... Le tout sans préjudice de plus amples dommages-« intérêts, s'il y a lieu. »

Cet article ne déroge pas seulement à la règle de notre ancien droit, il apporte une double exception aux règles du Code en matière de dommages-intérêts, lorsqu'il s'agit du paiement d'une somme d'argent.

En premier lieu, aux termes de l'article 1153, les dommages-intérêts ne sont dus, en principe, que du jour de la demande : l'apport en société est un des cas exceptionnels où la loi les fait courir de plein droit.

En second lieu, d'après le même article, les dommages-intérêts ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi : ici la loi permet d'allouer, en outre, une indemnité plus ou moins élevée, suivant les circonstances.

Voici quels sont les motifs de ces deux dérogations au droit commun.

La demande en justice est exigée, en droit commun, d'une part, pour montrer que le créancier a un intérêt sérieux à obtenir le paiement de ce qui lui est dû, et, d'autre part, pour avertir le débiteur de l'aggravation que sa dette

¹ *Du Contrat de Société*, n° 116.

va subir.¹ Mais dans le contrat de société, l'intérêt sérieux des associés est certain à l'avance, car les apports doivent précisément servir à faire fonctionner la société, qui ne peut vivre sans cela ; et, d'un autre côté, le débiteur n'a pas besoin d'être spécialement averti, car la nature du contrat dans lequel il s'est engagé l'avertit d'une manière suffisante que son retard cause un préjudice de tous les jours à la société, et qu'il devra l'en indemniser.

La loi permet en outre de condamner l'associé en retard à des dommages-intérêts plus élevés que l'intérêt de l'argent qu'il n'a pas apporté, parce que, dans le contrat de société, l'argent apporté doit donner des bénéfices plus considérables que l'intérêt au taux légal : c'est dans ce but que la société est créée, et il est équitable de permettre aux juges, par exception aux principes généraux, d'accorder des dommages-intérêts supplémentaires, proportionnés au préjudice réel que la société a éprouvé. Ajoutons que le but de la société et la nature de ses opérations étant connus de toutes les parties, on n'a pas à redouter la difficulté de savoir quel est, au juste, le préjudice occasionné par le retard dans le paiement, difficulté qui a été un des motifs les plus décisifs de la disposition de l'article 1153.²

192. — L'associé en retard de verser la somme d'argent qu'il a promis d'apporter peut-il se soustraire au paiement des intérêts, en demandant à prouver que le retard dans le paiement n'a causé aucun préjudice à la société ?

Nous ne le croyons pas. L'article 1846 dispose, d'une façon absolue, que l'associé qui n'a pas apporté la somme d'argent par lui promise devient de plein droit débiteur des intérêts de cette somme, et l'associé ne peut pas se

¹ *Compar.* Demolombe, *Cours de code civil*, XXIV, n° 625.

² Cassation, 3 mars 1856, Sirey, 56, I, 485, et Dalloz, 56, I, 150. — Duranton, XVII, n° 398 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 293-298 ; Laurent, XXVI, n° 249 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 30.

soustraire à une règle aussi impérieuse en invoquant les motifs de la loi. Ces motifs, excellents à invoquer pour résoudre une question douteuse, sont insuffisants pour écarter l'application d'un texte précis.¹

193. — On s'est demandé si les intérêts, que l'associé doit à la société pour le retard dans le versement de son apport en argent, étaient prescriptibles par cinq ans ; et la Cour de cassation a, dans un arrêt de principe très bien motivé, à notre avis, établi l'applicabilité en cette matière de l'article 2277 :

« Attendu, dit la Cour, que l'article 2277 soumet à la
 « prescription de cinq ans les arrérages de rentes perpé-
 « tuelles ou viagères, ceux des pensions alimentaires, les
 « loyers des maisons et le prix de ferme des biens ruraux,
 « enfin les intérêts des sommes prêtées, et généralement
 « tout ce qui est payable par année, ou à des termes pé-
 « riodiques plus courts ; que cette disposition comprend,
 « dans sa généralité, les intérêts des sommes dues par un
 « associé à la société à titre de mise sociale ;

« Que ces intérêts, bien que, d'après l'article 1846, ils
 « courent de plein droit, n'en sont pas moins afférents à
 « un capital dû à la société, dont le gérant a pu agir soit
 « pour contraindre l'associé au paiement intégral de sa
 « dette envers la société, alors qu'elle était échue, soit pour
 « exiger de lui les intérêts annuels de la dette, à défaut de
 « l'acquittement du capital ; que la prescription de cinq
 « ans a été édictée par l'article 2277 dans le but d'éviter
 « la ruine du débiteur par l'accumulation des intérêts, et
 « que ce motif de la loi est de tout point applicable aux
 « intérêts des mises sociales que le gérant d'une société
 « a pendant plus de cinq ans négligé de percevoir. »²

¹ Aix, 1^{er} mars 1869, Sirey, 70, II, 73, et Dalloz, 70, II, 219. — Laurent, XXVI, n^o 249.

² Cassation, 17 février 1869, Sirey, 69, I, 256. — *Sic*, Aubry et Rau, IV, § 380, texte et note 1, p. 554.

Toutefois nous croyons que cette solution cesserait d'être applicable si l'acte de société ou un acte postérieur ne contenaient aucune stipulation spéciale sur le mode d'administration : dans ce cas, aux termes de l'article 1859, les associés ont, comme nous l'avons vu, le pouvoir réciproque d'administrer la société, et l'associé débiteur ne peut invoquer une prescription qu'il avait le devoir d'interrompre : *à se exigere debuit*.

194. — Si l'apport consiste dans l'industrie de l'associé, l'article 1847 porte que les associés doivent compte à la société de tous les gains qu'ils ont faits dans l'espèce d'industrie qui est l'objet de la société.

« Chacun des associés, disait Pothier, s'obligeant réciproquement d'apporter à la société son industrie, l'industrie de chacun des associés devient un *fonds commun*, et tous les gains que chacun a faits par son industrie doivent être comptés et rapportés à la masse commune. »¹

195. — Le principe posé dans l'article 1847 doit être, suivant les circonstances, étendu ou restreint.

Il doit être étendu, en ce sens que, si la privation de l'industrie de l'associé a causé à la société un dommage plus grand que le profit retiré par l'associé de l'exercice particulier de son industrie, cet associé devra, en outre de la restitution de ce profit, des dommages-intérêts équivalant au préjudice qu'il a occasionné à la société. Cette reconnaissance du droit de la société à des dommages-intérêts est faite par l'article 1846 dans une hypothèse où ce droit était beaucoup plus douteux, dans l'hypothèse d'un apport en argent, et c'est par un argument *à fortiori* de l'article 1846 qu'il faut donner ce droit à la société, lorsqu'il s'agit d'un apport en industrie.²

¹ *Du Contrat de Société*, n° 120.

² Aubry et Rau, IV, § 380, texte et note 2, p. 554-555.

D'un autre côté, ce principe doit être restreint aux sociétés universelles : dans cette espèce de société, les associés doivent à la société tous les gains qu'ils font dans l'exercice de leur industrie, à quelque titre que ce soit, qu'il s'agisse d'une société universelle de tous biens présents ou d'une société universelle de gains.¹ Au contraire, s'il s'agit d'une société particulière, cette société ne comprend que l'industrie spéciale que l'associé a promis d'apporter et qui rentre dans le but particulier de la société ; et, si l'associé tire profit de l'exercice d'une autre industrie, il ne devra pas compte de ces profits à la société particulière dans laquelle il est entré :

« Par exemple, dit Pothier, si deux cordonniers ont contracté ensemble une société de leur art pour un certain temps, chacun de ces associés sera tenu de compter à la société tous les gains qu'il aura faits de son art de cordonnier. Mais si l'un d'eux avait le talent d'enseigner à chanter à des oiseaux, il ne sera pas obligé de compter à la société des gains qu'il aura faits en enseignant à chanter à des oiseaux pendant qu'il travaillait ; parce que ce n'est pas cette espèce d'industrie, mais seulement celle qui est relative à son art de cordonnier, qu'il a promis d'apporter à la société. »²

M. Bugnet toutefois fait une observation exacte à propos de ce passage de Pothier :

« Ne faudrait-il pas examiner si, négligeant son art de cordonnier, il a perdu trop de temps à enseigner à chanter aux oiseaux ? »³

Cette restriction est exacte, car l'associé qui a promis une industrie spéciale à la société doit apporter tout son concours pour ce genre d'industrie, et ne pas employer son temps à un autre travail dont il tirerait un profit personnel.

¹ *Suprà*, n^{os} 106-114.

² *Du Contrat de Société*, n^o 120.

³ Sur Pothier, *Op. et Loc. citat.*, note 1.

Nous ne sommes plus dans l'heureux temps où les cordonniers enseignaient à chanter aux oiseaux, mais l'exemple de Pothier n'est pas moins bien choisi pour montrer à la fois quelle est la règle dans l'apport d'industrie, au cas de société particulière, et quelle est la restriction que cette règle comporte.¹

196. — L'associé qui apporte en société son industrie ne l'apporte que pour la durée de la société ; et, de même que l'associé qui a apporté la jouissance d'un bien reprend ce bien pour en jouir exclusivement à la dissolution de la société, de même l'associé qui a apporté son industrie et son nom dans la société recouvre, à la fin de la société, le droit exclusif de se servir de son nom et d'exercer son industrie. Pendant le temps que dure la société, elle jouit de l'industrie de l'associé et profite de son nom, s'il a été convenu que le nom entrerait dans la raison sociale ; mais ce n'est là qu'un droit temporaire, qui ne peut survivre à la dissolution de la société. A ce moment celui qui a fait un apport en nature pour la jouissance reprend sa chose, celui qui a fait un apport en numéraire son argent, et, par contre, celui qui a apporté son nom et son industrie doit aussi en reprendre la libre disposition.²

197. — Si les apports primitifs deviennent insuffisants pour le bon fonctionnement de la société, la majorité des associés peut-elle contraindre la minorité à augmenter les apports ?

Oui, d'après M. Pardessus, qui distingue toutefois entre le cas où l'augmentation des apports est nécessaire pour atteindre le but de la société et celui où elle n'a pour objet que d'augmenter les affaires de la société.

¹ Lyon, 18 juin 1856, Dalloz, 57, II, 71. — Duranton, XVII, n° 400 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n°s 548-549 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 211 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n°s 302-307 ; Laurent, XXVI, n° 251.

² Cassation, 6 juin 1859, Sirey, 59, I, 657, et Dalloz, 59, I, 248. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 304 ; Laurent, XXVI, n° 252.

« En principe général, dit-il, les associés n'ont pas le droit de contraindre les autres à fournir au-delà de ce à quoi ils se sont engagés. Si néanmoins, faute d'un supplément de contingent, on ne pouvait atteindre le but commun, la majorité des voix devrait décider s'il y a lieu de dissoudre la société, ou de la continuer, en faisant fournir par chacun un supplément de fonds ; et les refusants pourraient être contraints à se retirer de la société avant le temps fixé par le contrat pour sa dissolution.

« Mais si le besoin ou la demande de nouveaux contingents n'avait pour objet que de donner plus d'extension aux affaires de la société, extension qui ne serait pas elle-même la conséquence d'opérations antérieurement déli- bérées, la majorité n'aurait pas le droit de décider une augmentation de mise, ou du moins un associé ne pourrait être exclu, s'il refusait de la fournir, malgré la délibération. »¹

Cette solution serait certainement très désirable, et il dépend d'ailleurs des associés de l'imposer, en prévoyant dans l'acte de société l'hypothèse où une augmentation du fonds social serait nécessaire, ou même simplement utile, et en donnant à la majorité le pouvoir de la rendre obligatoire ou de dissoudre la société.

Mais, si l'acte de société est muet, nous croyons qu'il est impossible de donner ce droit à la majorité. Les conventions font la loi des parties, et ce principe écrit dans l'article 4134 suffit pour empêcher que le capital social, fixé à cent mille francs, par exemple, soit porté à cent cinquante mille par un vote de la majorité : la minorité, ne fût-elle composée que d'un seul associé, répondra victorieusement que la société est constituée au capital de cent mille francs, et que cette stipulation, qui fait la loi des parties, ne peut être modifiée que par l'unanimité des volontés qui a été nécessaire pour la formation du pacte social.

¹ *Cours de droit commercial*, IV, n° 995.

Toutefois, si la société ne pouvait fonctionner sans cette augmentation de capital, la majorité ne serait pas complètement désarmée, et elle pourrait faire prononcer la dissolution de la société par les tribunaux : cette dissolution judiciaire serait motivée sur *l'extinction de la chose*, prévue par l'article 1865, 2°, non pas l'extinction totale, mais dans une proportion telle que la société ne peut plus atteindre le but pour lequel elle est créée ; et nous verrons, en étudiant l'article 1865, 2°, que telle est bien la portée de ce texte.¹

¹ Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 216 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 314.

SECTION II

Obligation des associés de tenir compte à la société des valeurs sociales dont ils ont tiré un profit particulier.

198. — Les valeurs sociales ne doivent servir qu'à l'intérêt de la société, et si, contrairement au but du contrat de société, un des associés fait servir une partie de ces valeurs à son profit exclusif, il en doit indemniser la société, c'est-à-dire ses associés.

C'est ce que Pothier disait dans les termes suivants :

« Chacun des associés doit rapporter à la masse commune tout ce qu'il a perçu du fonds commun, et il en est par conséquent débiteur envers la société. Par exemple, si l'un des associés a tiré de la caisse de la société quelque somme d'argent pour l'employer à ses affaires particulières, il n'est pas douteux qu'il est débiteur de cette somme envers la société. »¹

C'est aussi ce que décide l'article 1846 : après avoir déclaré que l'associé qui a promis d'apporter une somme d'argent et qui ne l'a pas fait devient, *de plein droit*, débiteur des intérêts de cette somme depuis le jour où il était tenu de l'apporter, l'article ajoute :

« Il en est de même à l'égard des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a

¹ *Du Contrat de Société*, n° 118.

« tirées pour son profit particulier ; le tout sans préjudice
« de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. »

De même que l'article 1846 déroge à l'article 1153, quant au retard de l'associé qui a promis un apport en argent, il y déroge aussi quant au point de départ des intérêts, pour les sommes que l'associé a tirées de la caisse sociale dans son intérêt personnel : ces intérêts courront *de plein droit* du jour où il les a prises. C'était déjà la solution de la loi Romaine :

« *Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit, vel in suos usus converterit, omnimodo, etiam morâ non interveniente, præstabuntur usuræ.* »¹

Cette dérogation au droit commun est facile à justifier : l'associé qui emploie les fonds de la société à son usage personnel commet une faute, il contrevient au pacte social, et une demande en justice est inutile pour constater sa faute et faire courir les intérêts contre lui. Il sait qu'il a pris de l'argent qui devait avoir une autre destination, et l'équité veut que la société soit indemnisée du jour où cet argent lui a été enlevé.²

199. — L'article 1846 est applicable non seulement dans le cas qu'il prévoit textuellement, celui où l'associé a pris des fonds « *dans la caisse sociale* », mais dans tous les cas où il aura pris des fonds appartenant à la société, lors même que ces fonds ne seraient pas encore entrés dans la caisse sociale. Par exemple, l'associé a touché de l'argent d'un débiteur de la société, ou des loyers d'une personne qui tient à bail un immeuble social ; ou bien encore il est lui-même fermier ou locataire de la société ; et il applique à ses besoins personnels l'argent qu'il a touché des tiers, ou qu'il devait lui-même payer à la société. Dans ces diverses hypothèses, la raison de décider est la même : l'associé

¹ L. 1, § 1, D., *De usuris et fructibus* (XXII, I). — Sic, L. 60, *princ.*, D., *Pro socio* (XVII, II).

² Cassation, 21 juillet 1884, Dalloz, 85, I, 471. — Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 543 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 318 ; Laurent, XXVI, n° 256.

a enlevé à la société une source de profits et l'a détournée dans son propre avantage, il devra les intérêts de plein droit du jour où il a pris la somme encaissée par la société ou à elle due.¹

Il n'y a pas à se préoccuper non plus du point de savoir si l'associé a ou n'a pas tiré profit des sommes qu'il a prises, ou si, à l'inverse, la société aurait pu elle-même en tirer profit, dans l'espace de temps pendant lequel l'associé les a gardées : ce double élément aura son importance lorsqu'il s'agira des dommages-intérêts que l'associé peut devoir, comme nous allons le dire tout à l'heure ; mais, lorsqu'il s'agit des intérêts proprement dits, l'article 1846 les accorde à forfait, dès que l'associé « a tiré des sommes « pour son profit particulier. » Il y a là, comme cela se passe d'ordinaire en matière d'intérêts moratoires, un forfait : on n'examine pas si le créancier a perdu, si le débiteur a fait un profit, et on alloue d'une manière invariable l'intérêt légal de l'argent qui eût dû être remboursé.²

Ajoutons que l'associé doit les intérêts des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale jusqu'au moment où il restitue à la société le capital qu'il a pris, soit pendant la société, soit dans tous les cas à sa dissolution.³

200. — Il y a une hypothèse dans laquelle les associés, qui réclament à l'un d'eux les intérêts d'un capital qu'ils prétendent avoir été employé par lui à ses besoins personnels, n'auront pas à faire la preuve de cet emploi : c'est l'hypothèse dans laquelle cet associé est gérant. Si cet associé gérant ne justifie pas de l'emploi qu'il a fait des fonds sociaux, il sera présumé les avoir employés pour son profit

¹ Cassation, 28 juin 1825, Sirey, c. n., VIII, I, 143 ; Grenoble, 4 mars 1826, Sirey, c. n., VIII, II, 203. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 320 ; Laurent, XXVI, n° 156.

² Cassation, 22 mars 1813, Sirey, c. n., IV, I, 308 ; Cassation, 21 juillet 1884, Dalloz, 85, I, 471. — Laurent, XXVI, n° 257.

³ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 323 et 326 ; Laurent, XXVI, n° 257.

personnel, et il devra les intérêts du jour où il a reçu ces sommes : comme gérant, il est tenu d'employer les fonds de la manière la plus profitable à l'intérêt de la société et de justifier de l'accomplissement de cette partie de son mandat, et, s'il ne fait pas cette justification, il commet une faute dont la société doit être indemnisée par l'allocation des intérêts.¹

201. — En outre des intérêts légaux, nous avons dit que l'associé, qui a pris de l'argent dans la caisse sociale pour son utilité personnelle, peut être condamné, aux termes de l'article 1846, « à de plus amples dommages-intérêts, « s'il y a lieu. »

Il résulte de la formule même que l'article 1846 emploie que ces dommages-intérêts sont facultatifs, et doivent être accordés ou refusés suivant les circonstances, à la différence des intérêts qui sont toujours dus à la société, du moment où l'associé a pris pour lui de l'argent dans la caisse sociale. Ici au contraire, si la société n'a pas éprouvé un préjudice supérieur aux intérêts légaux dont l'associé est tenu, il ne devra pas lui être alloué de dommages-intérêts.

Si elle a éprouvé un préjudice supérieur, on examine, pour la fixation du chiffre de l'indemnité, uniquement ce préjudice, sans tenir compte des profits plus ou moins grands que l'associé a pu faire avec cet argent. Sans doute, quand l'associé fait pour lui une opération qu'il devait faire pour la société, il doit restituer à la société tout le profit qu'il a fait ;² mais quand il prend de l'argent dans la caisse sociale pour faire, dans son intérêt exclusif, à lui, une opération étrangère aux opérations sociales, ou qu'il n'était pas tenu de faire pour la société, il ne doit à la société qu'une chose : la réparation du préjudice qu'il lui a causé, l'indemnité de

¹ Cassation, 22 mars 1813, Sirey, c. n., IV, I, 308. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 323 ; Aubry et Rau, IV, § 381 bis, texte et note 7, p. 561.

² Cassation, 25 août 1835, Sirey, 35, I, 673.

la perte qu'elle a subie à raison de la privation d'une somme qui aurait été employée dans les opérations sociales.¹

202. — Doit-on appliquer la disposition de l'article 1846, relative aux intérêts et aux dommages-intérêts dus par l'associé qui a employé à son usage les capitaux de la société, non seulement dans les sociétés particulières, mais aussi dans les sociétés universelles ?

Non, d'après Pothier, qui en donne les motifs suivants :

« Dans les sociétés universelles, dit-il, dans lesquelles
« tombent tous les revenus des biens de chacun des asso-
« ciés, quoiqu'ils ne soient pas communs quant à la pro-
« priété, telle que celle qui a lieu entre des conjoints par
« mariage, les intérêts des sommes que l'un des associés
« a prises dans la caisse commune pour ses affaires par-
« ticulières ne commencent à courir que du jour de la dis-
« solution de la communauté : tant qu'elle dure, il se fait
« une confusion de ces intérêts, qui sont une charge des
« revenus des biens de cet associé, qui tombent dans la
« société. »²

M. Pont estime qu'il faut repousser cette opinion, et décider que, dans la société universelle comme dans la société particulière, l'associé doit compte des intérêts de ce dont il a profité ; l'article 1846 ne distingue pas, dit-il, et on ne doit pas dès lors distinguer entre les sociétés universelles et les sociétés particulières.³

L'opinion de Pothier nous semble préférable : il ne s'agit pas de savoir si l'article 1846 ne distingue pas entre les sociétés universelles et les sociétés particulières ; il est certain en effet qu'il ne distingue pas et qu'il ne devait pas distinguer. Il ne peut pas être permis à l'associé, dans une société universelle, pas plus qu'à l'associé dans une société particulière, de prendre les capitaux de la société pour ses

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 324 ; Laurent, XXVI, n° 258.

² *Du Contrat de Société*, n° 119.

³ *Du Contrat de Société*, n° 319.

opérations personnelles ; et s'il fait éprouver de ce chef une perte notable à la société, et qu'il soit condamné à des dommages-intérêts, nous croyons qu'il devra les payer avec le capital de sa fortune.

Mais, quant à la dette d'intérêts proprement dite, il doit en être de même que pour les autres intérêts dont l'associé est tenu : la société, ayant la jouissance de tous ses biens, doit supporter les intérêts de toutes ses dettes, et il s'établira, comme le dit Pothier, une confusion quant à ces intérêts dont elle se trouve à la fois créancière et débitrice.

SECTION III

Obligation des associés de réparer le dommage qu'ils ont causé à la société.

203. — La loi Romaine obligeait l'associé à répondre vis-à-vis de la société des fautes qu'il commettait, mais sa responsabilité était mesurée sur le soin qu'il apportait à ses propres affaires :

« *Socius socio etiam culpæ nomine tenetur, id est, desidicæ atque negligenticæ. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est : sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet : quia qui parùm diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.* »¹

C'était aussi la théorie de notre ancien droit :

« Ce devoir du soin et de la vigilance que se doivent les associés, dit Domat, étant réglé par le soin qu'ils ont de ce qui est à eux, il ne s'étend pas à la dernière exactitude des personnes les plus soigneuses et les plus vigilantes ; mais il se borne à les rendre responsables de tout dol et de toutes fautes grossières. Et si un associé, ayant le même soin des affaires de la société qu'il a des siennes propres, tombe dans quelque faute légère sans mauvaise foi, il n'en est pas tenu ; et les autres associés doivent

¹ L. 72, D., *Pro socio* (XVII, II).

« s'imputer de n'avoir pas choisi un associé assez vigilant. »¹

Domat ajoute, comme le faisait la loi Romaine,² qu'il ne peut pas y avoir de compensation entre le préjudice que l'associé a causé à la société et les avantages qu'il a pu lui procurer, et il en donne le motif :

« Si le même associé, qui a causé quelque dommage, ou
« de qui la faute et la négligence a donné lieu à quelque
« perte qui puisse lui être imputée, se trouve d'ailleurs
« avoir rapporté quelque profit à la société, il ne s'en fera
« pas de compensation. *Car il devrait procurer ce profit,*
« et il ne peut par conséquent le compenser avec cette
« perte. »³

Pothier, qui enseigne la même théorie que Domat, y apporte un tempérament qui résulte d'ailleurs implicitement du passage de Domat que nous avons cité. L'associé, dit-il, ne peut s'excuser en invoquant ses habitudes que s'il s'agit de fautes légères, mais, pour les fautes lourdes qu'il aurait commises, il en est responsable, quelque négligent qu'il puisse être pour ses propres affaires :

« Chacun est présumé capable, dit Pothier, du soin ordi-
« naire qu'apportent à leurs affaires les personnes les moins
« intelligentes ; et lorsqu'il n'apporte pas ce soin, on
« présume que c'est par une paresse volontaire et condam-
« nable, dont à la vérité il n'est comptable à personne pour
« ses propres affaires, mais dont il est comptable à ses as-
« sociés, lorsqu'il a eu cette paresse pour les affaires com-
« munes. »⁴

204. — L'article 1850 détermine, sous notre droit actuel, la responsabilité de l'associé dans les termes suivants :

« Chaque associé est tenu envers la société des domma-
« ges qu'il lui a causés par sa faute, sans pouvoir compen-

¹ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section IV, § 3.

² L. 25 et 26, D., *Pro socio* (XVII, II).

³ *Op. et Loc. citat.*, § 8.

⁴ *Du Contrat de Société*, n° 124.

« ser avec ces dommages les profits que son industrie lui
« aurait procurés dans d'autres affaires. »

Un premier point certain, qui résulte du texte de l'article 1850, c'est que, comme dans notre ancien droit, l'associé ne peut opposer en compensation des pertes qu'il a fait éprouver à la société les profits qu'il lui a procurés : comme le disait très bien Domat, l'associé doit procurer à la société des profits, et il n'a pas le droit de lui occasionner de pertes.

Mais si, dans une même affaire, un associé a à la fois causé un avantage et occasionné une perte à la société, ne pourra-t-il pas opposer en compensation le profit qu'il a procuré à la société dans cette même affaire ?

L'affirmative est généralement enseignée, mais cette solution paraît douteuse à M. Laurent : « On peut dire d'une
« affaire unique, dit-il, ce que Pothier dit de plusieurs
« affaires distinctes : l'associé est débiteur des profits et il
« est aussi débiteur des pertes ; or, on ne compense pas
« une dette avec une dette ; celui qui invoque la compen-
« sation doit être tout ensemble débiteur et créancier ; et
« l'associé, loin d'être créancier des profits qu'il procure,
« en est débiteur : dès lors la base de la compensation fait
« défaut. »¹

L'objection ne nous paraît pas décisive.

En équité, une opération doit être appréciée dans son ensemble : il serait injuste de la scinder en deux parties, de faire profiter la société de la partie qui a réussi, et de laisser à la charge de l'associé celle dans laquelle il a échoué, même par sa faute. L'associé répondra avec raison qu'il n'y a qu'une opération, et qu'il ne doit y avoir qu'un compte, le compte final, comprenant l'ensemble des profits et des pertes de l'opération.

En droit, l'article 1850 non seulement ne s'oppose pas à l'application de ces principes d'équité, mais semble la favoriser, puisqu'il ne s'oppose à la compensation que pour les profits « *procurés dans d'autres affaires.* »

¹ XXVI, n° 255.

Quant à l'objection faite par M. Laurent, elle ne nous paraît être qu'une objection de mots, car la question est précisément de savoir si l'associé est débiteur de deux dettes, ou si, comme nous le soutenons, il n'est pas seulement débiteur ou créancier du solde de l'opération totale.¹

205. — L'article 1850 reproduit-il la théorie du droit Romain et de notre ancien droit sur l'étendue de la responsabilité de l'associé, et celui-ci n'est-il tenu que dans la mesure du soin qu'il donne à ses propres affaires ?

Cette théorie, défendue encore sous l'empire du Code,² doit, à notre avis, être rejetée, et il faut décider que l'associé est tenu d'apporter, dans le gouvernement de la société, les soins d'un bon père de famille ; et qu'il répond de ses fautes non pas *in concreto*, d'après ses propres habitudes, mais *in abstracto*, en tenant compte de ce qu'aurait fait à sa place un homme soigneux.

L'article 1850 ne suffirait pas à lui seul pour trancher la question, puisqu'il se borne à dire que l'associé répond des dommages causés à la société « *par sa faute* », sans indiquer de quelles fautes il est tenu : mais l'article 1137, dont l'article 1850 n'est qu'une application, et qui détermine la règle du Code sur la prestation des fautes en général, s'exprime en termes suffisamment précis pour écarter, d'une manière générale, la théorie des fautes envisagées *in concreto* :

« L'obligation de veiller à la conservation de la chose, dit ce texte..., soumet celui qui en est chargé à y apporter *tous les soins d'un bon père de famille.* »

Tel est le principe établi par le Code : toute personne doit se conduire, à propos de la chose qu'elle garde ou qu'elle administre, comme un père de famille soigneux. A ce principe, l'article annonce qu'il y a des dérogations dans

¹ Duranton, XVII, n° 403 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 331 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 361.

² Duranton, XVII, n° 403. — Compar. Troplong, *Du Contrat de Société*, n° 566 et suiv.

certaines conventions, dérogations qui sont expliquées sous les titres qui les concernent. C'est ainsi que l'article 1927, au titre *Du dépôt*, déclare que le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose déposée « les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. »

Mais non-seulement l'article 1850 ne dit rien de pareil et ne déroge point à l'article 1137, mais les travaux préparatoires du Code civil démontrent que les rédacteurs du Code n'ont point voulu déroger au droit commun à propos de la société, et qu'ils n'ont eu qu'une pensée : écarter la division tripartite des fautes que l'on attribuait aux jurisconsultes Romains, faute grave, légère et très légère, et laisser aux tribunaux le soin d'apprécier, dans chaque affaire, s'il y a ou non faute de l'associé.¹

Aussi notre conclusion est-elle que l'associé devra être déclaré responsable, si l'on constate qu'il a commis, dans la gestion des affaires sociales, une faute que ne commettrait pas un homme soigneux, et cela quelle que soit la négligence qu'il apporte à ses propres affaires.²

206. — L'associé est responsable de sa faute, entendue comme nous venons de le dire au numéro précédent, non seulement, s'il s'agit de fautes actives, *in committendo*,³ mais aussi s'il s'agit de fautes passives, *in omittendo*, de négligences graves qui aient compromis les intérêts de la société.

C'était la doctrine ancienne :

« Un associé, disait Pothier, est tenu même des fautes
« d'omission ; comme si, par exemple, par une faute inex-
« cusable il a manqué de faire un achat avantageux à la
« société : *Si qui societatem ad emendum coërint, denique*

¹ *Discussion au Conseil d'Etat*, Fenet, XIV, p. 373-374.

² Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 324 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 353-354 ; Laurent, XXVI, n° 253. — Voir, toutefois, Aubry et Rau, IV, § 308, texte et note 28, p. 101-102.

³ Voir, comme exemple, Bordeaux, 18 mai 1827, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v° *Société*, n° 564.

« *res alterius dolo vel culpâ empta non sit, pro socio esse actionem constat.* (L. 52, 41, ff., *Pro socio.*) »¹

On doit suivre aujourd'hui les mêmes idées, car il y a des fautes de négligence qui sont aussi lourdes en elles-mêmes, et aussi graves pour les intérêts de la société que des fautes actives. Il y a d'abord l'exemple que donne la loi Romaine, et après elle Pothier, d'un achat que l'associé devait faire et n'a pas fait ; mais il y a des exemples plus indiscutables encore, comme le défaut de surveillance d'un employé, le défaut de soins pour protéger des marchandises appartenant à la société, etc... Dans tous ces cas, l'associé a commis une faute que ne commettrait pas un bon père de famille, et il doit en être responsable.²

207. — L'associé ne répond pas des cas fortuits, ou des événements de force majeure qui peuvent occasionner des pertes à la société : c'est la règle de l'article 1148, et il n'y est apporté aucune exception au titre *de la société*. Le droit Romain et nos anciens auteurs s'en expliquaient nettement en ce sens :

« *Damna, quæ in prudentibus accidunt, id est damna fatalia, socii non cogentur præstare.* »³

« Les associés, dit Domat, ne sont jamais tenus d'aucun cas fortuit, s'ils n'y ont donné lieu par quelque faute dont ils doivent répondre, comme si un associé a laissé dérober ce qu'il avait en garde. »⁴

L'article 1850 prouve d'ailleurs, s'il en était besoin, qu'il en est encore ainsi sous l'empire du Code, puisqu'il ne met à la charge de l'associé que « *sa faute* », ce qui exclut le cas fortuit.

208. — La nature particulière du contrat de société

¹ *Du Contrat de Société*, n° 124.

² Paris, 21 janvier 1852, Dalloz, 52, II, 278 ; Lyon, 3 décembre 1857, Sirey, 58, II, 471, et Dalloz, 59, II, 171. — Pont, *Du Contrat de Société*, II, n° 536.

³ L. 52, 3, D., *Pro socio* (XVII, II).

⁴ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section IV, § 4.

impose aux associés des obligations plus étendues que dans les contrats en général. D'ordinaire, en effet, il suffit que les contractants ne fassent rien de contraire aux droits nés de la convention à laquelle ils ont pris part, mais ils peuvent au surplus faire valoir leurs intérêts particuliers, même quand ils sont en conflit avec l'intérêt né du contrat qu'ils ont passé.

Dans la société au contraire, il y a entre les contractants une sorte de lien de fraternité, *jus quoddam fraternitatis*, qui les oblige les uns envers les autres d'une manière plus impérieuse : « *In societatis contractibus fides exuberet* », disait avec raison la loi Romaine.¹

Aussi approuvons-nous tout à fait la formule suivante, donnée par un arrêt de la Cour de Paris pour caractériser les obligations des associés vis-à-vis de la société :

« Considérant, dit cet arrêt, qu'il est de principe qu'un
« associé ne peut rien faire contre l'intérêt social, et qu'il
« doit même subordonner à cet intérêt supérieur son intérêt
« particulier. »²

Voilà jusqu'où s'étend l'obligation de l'associé : dans un conflit entre l'intérêt de la société et le sien propre, il doit préférer l'intérêt de la société, et, s'il ne le fait pas, il engagera sa responsabilité, tout aussi bien que s'il commettait une faute dans la gestion des affaires sociales.

Deux textes, les articles 1848 et 1849, dont nous allons étudier la portée, sont des applications de ce principe : ils décident en effet, le premier, que si l'un des associés est créancier personnel de l'un des débiteurs de la société, il doit imputer ce qu'il reçoit proportionnellement sur sa créance et sur celle de la société ; et le second, que si l'un des associés a reçu sa part d'une créance sociale, et

¹ L. 3, Cod., *Pro socio* (IV, XXXVII).

² Paris, 26 avril 1850, Sirey, 50, II, 329, et Dalloz, 50, II, 129. — *Compar.* Pont, *Du Contrat de Société*, n° 327 ; Laurent, XXVI, n° 259. — *Voir*, toutefois, Cassation, 16 novembre 1870, Sirey, 71, I, 94, et Dalloz, 70, I, 350.

que le débiteur devienne insolvable, l'associé doit rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu. Ces solutions ne s'expliquent que par la subordination de l'intérêt particulier de l'associé à l'intérêt social.

209. — La solution de l'article 1848, d'après lequel l'imputation de ce qu'un associé reçoit doit se faire proportionnellement sur la créance de la société et sur la sienne propre, est empruntée à Pothier.¹

Ce texte renferme deux règles : la première, la règle de l'imputation proportionnelle, qui aura lieu, dit l'article 1848, même si l'associé a, dans sa quittance, imputé la somme reçue sur sa créance particulière ; la seconde, d'après laquelle, si l'associé a donné une quittance faisant l'imputation sur la créance sociale, cette imputation devra être exécutée.

La seconde de ces règles ne doit pas nous arrêter longtemps. S'il plaît à l'associé de négliger complètement ses intérêts au profit des intérêts sociaux, et de faire l'imputation de ce qu'il reçoit sur la créance de la société, cette imputation est définitive, et l'associé est lié par l'avantage qu'il lui a plu de faire à la société.

Quant à la première règle, d'après laquelle l'imputation doit se faire proportionnellement entre la créance de la société et celle de l'associé, elle est moins absolue qu'il ne le semblerait à la lecture de l'article 1848, et nous devons étudier la restriction qu'elle comporte.

210. — En premier lieu, l'article 1848 ne déroge qu'aux règles de l'imputation *conventionnelle* que le créancier peut faire, si le débiteur ne la fait pas, mais il ne déroge pas aux règles de l'imputation *légale*.

Par exemple, si la dette de l'associé est échue, et que celle de la société ne le soit pas, l'article 1848 ne s'oppose pas à l'imputation du paiement sur la créance de l'associé, soit que l'associé le déclare dans la quittance, soit qu'ayant

¹ *Du Contrat de Société*, n° 121.

donné une quittance pure et simple, il réclame plus tard le bénéfice de cette imputation légale. C'est ce qui résulte du texte même de l'article 1848, qui suppose que les deux créances, celle de la société et celle de l'associé, sont exigibles.

Il faut généraliser cette solution, et l'appliquer, par analogie de motifs, à tous les cas d'imputation légale : « La loi, dit très bien M. Larombière, ne saurait reprocher à l'associé d'indiquer un mode d'imputation qu'elle proclame elle-même et qu'elle le force à subir. »¹

211. — Nous croyons, en second lieu, que l'article 1848 ne porte aucune atteinte au droit que l'article 1253 confère au débiteur de faire, comme bon lui semble, l'imputation de la somme qu'il paie. Sans doute il faudra prendre garde que cette imputation ne soit frauduleuse, et que l'associé n'ait fait faire par le débiteur une imputation qu'il ne pouvait pas faire lui-même : mais s'il est établi que les choses se sont passées loyalement, et que l'imputation est bien l'œuvre du débiteur, nous croyons qu'elle devra être respectée.

M. Duranton conteste cette solution, et soutient que dans ce cas l'article 1848 n'en gouvernera pas moins les rapports des associés entre eux :

« Autrement, dit-il, rien ne serait plus facile à l'associé que d'éluder la loi, soit en faisant quelque réduction au débiteur, soit même par pure complaisance de celui-ci envers lui, et la société aurait ainsi à courir seule la chance de l'insolvabilité actuelle ou future du débiteur ; ce qui serait contraire à la bonne foi qui doit essentiellement régner dans ce contrat. »²

Nous avons répondu par avance à cette objection, en déclarant que l'imputation faite par le débiteur ne doit produire effet, vis-à-vis de la société, que si elle n'est pas le résultat d'un concert frauduleux : mais, lorsque toute idée

¹ *Des Obligations*, III, article 1256, n° 6.

² XVII, n° 401.

de fraude est écartée, nous disons que l'imputation faite par le débiteur lie la société. Ce que l'article 1848 vise, d'après les termes qu'il emploie, c'est l'imputation faite par l'associé ; et on conçoit d'ailleurs que la loi sur les sociétés ne doit se préoccuper que des faits de l'associé, et non de l'exercice légitime du droit que l'article 1253 accorde à tout débiteur de plusieurs dettes.¹

211 I. — L'article 1848 s'applique, sans nul doute, à l'associé gérant de la société, ou à l'associé qui, dans le silence des statuts, a un pouvoir égal à celui des autres associés pour administrer la société, dans les termes de l'article 1859 ; mais doit-on l'appliquer aussi à l'associé qui n'a aucun pouvoir d'administration, parce que la gérance est confiée à d'autres associés ou à un tiers ?

La question est discutée, et pour soutenir que l'article 1848 est applicable même dans ce dernier cas, on invoque d'abord la forme du texte, qui s'applique dans ses termes à tout associé, sans distinction entre celui qui est administrateur et celui qui ne l'est pas. On ajoute que la loi ne devait pas distinguer, car l'associé, même lorsqu'il n'est pas administrateur, doit préférer l'intérêt de la société au sien propre.²

L'opinion contraire nous semble préférable. Lorsque l'associé n'a pas qualité pour administrer la société, il n'a pas qualité non plus pour donner quittance des sommes qui peuvent être dues à cette société : il n'a donc pas à faire la répartition de ce qu'il reçoit entre la créance de la société et la sienne, il n'a qu'à donner quittance en la seule qualité où il la puisse donner, en son nom propre. L'article 1848 s'applique donc nécessairement au seul associé admi-

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 559 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 336 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 333 ; Larombière, *Des Obligations*, III, article 1256, n° 6. — *Compar.* Laurent, XXVI, n° 260.

² Duranton, XVII, n° 401 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, IV, p. 434.

nistrateur, puisque ce texte suppose qu'il peut recevoir pour la société, et il est sans application possible à l'associé qui, ne pouvant recevoir que pour lui, donne quittance de sa créance au moment où il est payé.¹

212. — Faut-il étendre à la compensation la règle que l'article 1848 trace pour l'imputation des paiements ? Oui, d'après une opinion :

« La compensation, disent MM. Massé et Vergé, est un « véritable payement, et si elle ne procure pas une somme « d'argent à l'associé, elle le dispense d'acquitter le mon- « tant de sa dette, avantage dont l'article 1848 ne permet « pas qu'il profite au delà de la proportion qu'il détermine.»²

L'opinion que nous avons adoptée à propos de l'imputation légale nous conduit, à plus forte raison, à repousser l'application de l'article 1848 à la compensation. En premier lieu, le texte de l'article 1848 n'est écrit que pour l'imputation ; on ne peut dès lors l'étendre à la compensation, car il s'agit d'une restriction au droit de l'associé, et les restrictions sont de droit étroit. D'un autre côté, l'article 1848 ne vise qu'un fait volontaire de l'associé, qui, pouvant éteindre l'une ou l'autre des créances, a éteint la sienne propre : mais, lorsqu'il s'agit de compensation, l'associé n'a aucune option à faire ; la compensation, qui s'est opérée par la seule force de la loi, a éteint sa dette et la dette de son débiteur, et on ne peut lui reprocher d'avoir manqué aux égards qu'il doit avoir pour les intérêts de la société.³

213. — Une seconde conséquence, avons-nous dit, du principe que l'associé doit subordonner son propre intérêt à l'intérêt social, est écrite dans l'article 1849. D'après ce texte, si un associé a reçu sa part entière d'une créance

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, n° 558 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 341 ; Larombière, *Des Obligations*, III, article 1256, n° 6 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 338.

² Sur Zachariæ, IV, p. 434.

³ Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 339 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 340 ; Laurent, XXVI, n° 262.

commune, et que le débiteur devienne insolvable, l'associé devra rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, même s'il a donné quittance pour sa part.

Cette solution était admise en droit Romain et dans notre ancien droit :

«... *Hic, qui minùs consecutus est, cum eo agere possit, qui solidum accepit, ad communicandas partes inter eos, id est exæquandas ; quasi iniquum sit, ex eâdem societate alium plus, alium minus consequi ? Sed magis est, ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exæquetur : quæ sententia habet œquitatem.* »¹

...« Cet associé, dit Pothier, doit rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu de ce débiteur, parce que, devant l'exiger pour le compte de la société, il n'a pas dû préférer son intérêt particulier à celui de la société. »²

Il est important de bien préciser le motif de cette solution : c'est celui que donnait Pothier. L'associé administrateur doit recevoir les sommes qui appartiennent à la société non pas pour lui seul, mais pour tous les associés : vainement donne-t-il une quittance pour sa part, il ne peut pas donner la préférence à son intérêt personnel sur l'intérêt social.

Des auteurs, partisans du système de la personnalité juridique des sociétés civiles, donnent à l'article 1849 un autre motif. Tant que la société subsiste, disent-ils, il n'y a point de portion afférente à chaque associé dans les créances sociales : la créance appartient tout entière à la société jusqu'au partage, et aucun associé n'y a de droits privatifs. C'est donc pour la société qu'il reçoit, quels que puissent être les termes de la quittance qu'il donne.³

Nous ne pouvons admettre ce motif, puisque nous avons combattu le système de la personnalité juridique des sociétés

¹ L. 63, § 5, D., *Pro socio* (XVII, II).

² *Du Contrat de Société*, n° 122.

³ Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 560 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 342.

civiles ;¹ mais nous constatons que ce n'était ni le motif donné par Ulpien, ni le motif donné par Pothier, et qu'il n'est pas nécessaire de l'invoquer pour expliquer les dispositions de l'article 1849.²

214. — Le principe dont les articles 1848 et 1849 fournissent des applications, à savoir que l'associé doit préférer à son intérêt propre celui de la société, conduit encore à d'autres conséquences.

C'est ainsi que des associés ne pourraient empêcher la réalisation d'une opération très avantageuse à la société, par le motif que leur intérêt personnel serait compromis dans une certaine mesure.³

C'est ainsi encore que si l'un des associés, ayant le droit d'administration, vend sa part dans les marchandises de la société, et que le surplus des marchandises soit vendu moyennant un prix moins élevé, l'associé qui a vendu sa part devra tenir compte à la société du prix plus élevé qu'il a obtenu. C'était la solution de Pothier, qui rattachait avec raison cette conséquence au principe que nous développons, que l'associé n'a pas le droit de préférer son intérêt personnel à celui de la société.⁴

¹ *Suprà*, n° 21-27.

² *Compar.* Pont, *Du Contrat de Société*, n° 341; Laurent, XXVI, n° 263.

³ Paris, 26 avril 1850, Sirey, 50, II, 329, et Dalloz, 50, II, 129.

⁴ Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 122. — *Sic*, Pont, *Du Contrat de Société*, n° 347; Laurent, XXVI, n° 265. — *Compar.* Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 563; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 342.

SECTION IV

Obligation des associés de contribuer aux frais nécessaires à la conservation des choses de la société.

215. — L'article 1859, 3^o, porte que chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui « *les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société.* »

C'était la solution que donnait Pothier, qui ajoutait toutefois « que les associés peuvent s'en décharger en offrant « d'abandonner. »¹

Bien que cette restriction soit approuvée par M. Trop-
long,² nous pensons qu'elle est absolument incompatible avec les principes de notre droit en matière de société. L'associé n'est pas, comme le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude, obligé *propter rem*, et autorisé dès lors à se débarrasser de l'obligation purement réelle qui le grève en abandonnant le fonds grevé de servitude : il est soumis à des obligations personnelles, il est tenu de concourir au bon fonctionnement de la société dont il fait partie, et la première condition pour qu'elle puisse fonctionner est que les choses qui lui appartiennent soient conservées. L'associé ne peut, pas plus qu'aucun autre débiteur personnel, se soustraire à cette obligation en abandonnant ses droits.³

¹ *Du Contrat de Société*, II, n^o 133.

² *Du Contrat de Société*, II, n^o 735.

³ Bugnet, sur Pothier, *Du Contrat de Société*, n^o 133.

216. — La volonté unanime des associés n'est pas indispensable pour rendre obligatoires les dépenses prévues par l'article 1859, 3^o, et la majorité suffit, en pareil cas, pour lier la minorité. En effet, il ne s'agit pas de prendre une décision pour obliger les associés à un paiement qu'ils n'ont pas prévu : leur obligation est écrite dans la loi, dans l'article 1859, 3^o, et le rôle de la majorité se borne à constater qu'on est bien dans le cas prévu par le texte, et qu'il s'agit de dépenses nécessaires pour la conservation des choses de la société.

Mais il faut pour cela qu'il s'agisse, comme le texte le dit, de dépenses *nécessaires* : s'il s'agit de dépenses simplement utiles, ayant pour but non plus la conservation des choses de la société, mais leur développement ou leur amélioration, ce n'est pas la majorité, c'est l'unanimité seulement des associés qui aurait le droit d'imposer cette dépense.

Il en serait de même si la chose appartenant à la société était périe : le remplacement par une chose nouvelle ne pourrait être voté que par l'unanimité des associés.¹

217. — En outre des obligations que nous venons d'énumérer dans les quatre sections de ce chapitre, les associés sont tenus envers la société d'une cinquième classe d'obligations : ils doivent *contribuer aux pertes*, aux termes de l'article 1853. Mais nous nous bornons en ce moment à énoncer le principe : les développements que comporte l'étude de cette obligation vont trouver leur place dans le chapitre suivant, *Du règlement des parts*.

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, n^{os} 736-737 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n^o 736.

CHAPITRE IV

DU RÈGLEMENT DES PARTS.

218. — La loi n'intervient, pour régler les parts des associés dans les bénéfices ou dans les pertes, que dans le silence de la convention des parties :

« Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de
« chaque associé dans les bénéfices ou les pertes, dit l'article
« 1853, la part de chacun est en proportion de sa mise... »

Personne en effet, mieux que les associés, ne peut déterminer la valeur de l'apport de chacun d'eux dans la société, et savoir quelle est l'importance, pour la prospérité de la société, de l'apport de l'industrie de l'un et du capital de l'autre ; et la loi fait bien de s'en remettre à eux du soin de régler les parts.

« Comme les associés, disait Domat, peuvent contribuer
« différemment, les uns plus, les autres moins, de travail,
« d'industrie, de soin, de crédit, de faveurs, d'argent ou
« d'autre chose, il leur est libre de régler inégalement
« leurs portions, selon que chacun doit avoir sa condition
« ou plus ou moins avantageuse, à proportion de la dif-
« férence de ce qu'ils contribuent. »¹

« Il est évident, dit aussi M. Boutteville, que ceux qui
« forment une société sont réellement les seuls qui puis-

¹ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section I, § 6.

« sent bien connaître et justement apprécier ce que chacun d'eux y apporte en valeurs réelles, mais surtout en « industrie, en zèle, en valeurs, en activité, en courage. »¹

219. — Souvent le pacte social ne prévoit que la répartition des bénéfices entre les associés, et n'indique pas comment les pertes seront supportées ; ce qui s'explique par la confiance qu'ont les associés, au moment où ils traitent, que la société fera des bénéfices : comment en pareil cas les pertes devront-elles être supportées ?

On décidait, en droit Romain et dans notre ancien droit, qu'on suivrait pour les pertes la même répartition que les associés avaient adoptée pour les bénéfices :

« *Ilud expeditum est, si in unâ causâ pars fuerit expressa (veluti in solo lucro, vel in solo damno), in alterâ, vero omissa, in eo quoque quod prætermissum est eandem partem servari.* »²

« Quoique les associés, dit Domat, n'aient pas expressément marqué et les portions du gain et celles de la « perte, si celles du gain ont été exprimées, celles de la « perte seront aussi réglées sur le même pied. »³

On s'accorde à reconnaître qu'il doit en être de même sous l'empire du Code civil : l'équité veut que les associés supportent les pertes dans la proportion où ils recueillent les bénéfices. Nous verrons dans quelle mesure ils peuvent déroger à ce principe d'équité ; s'ils n'ont rien dit, on doit supposer qu'ils ont voulu s'y conformer, et partager dans la même mesure les bonnes et les mauvaises chances.⁴

220. — Que faut-il entendre par ces expressions, *bénéfices et pertes* ?

¹ *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIV, p. 410.

² *INSTITUT.*, *De societate*, § III.

³ *Les lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section I, § 5.

⁴ Amiens, 27 mai 1840, Sirey, 42, II, 113. — Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 240 ; Aubry et Rau, IV, § 380, texte et note 9, p. 556 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 434 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 47.

M. Pardessus a très bien indiqué le sens qu'il faut attacher à ces expressions :

« On considère comme profits de la société, dit-il, tout ce
 « qui reste à sa disposition, déduction faite des dettes com-
 « munes, des frais de gestion et d'administration, des capi-
 « taux qui en constituent le fonds, soit d'après la convention
 « des parties, soit d'après la nature des opérations qu'elle
 « embrasse, quand même ces capitaux excéderaient la mise
 « des associés, et se composeraient des gains faits depuis
 « sa formation, qu'ils y auraient ajoutés. Au contraire, lors-
 « que les dettes, les frais de gestion et autres semblables,
 « ne sont pas balancés par les choses communes et les bé-
 « néfices que leur emploi a pu procurer, on dit qu'il y a
 « perte. En évaluant les profits et les pertes, il faut faire
 « entrer en compte la diminution de valeur et la détério-
 « ration progressive que reçoivent par l'usage les instru-
 « ments, les ustensiles et les autres effets dont la société
 « se sert pour l'exercice de ses opérations, ainsi que la
 « dépréciation que des marchandises appartenant à la so-
 « ciété peuvent avoir éprouvée par suite de la variation des
 « cours ; par la raison que l'exhaussement de leur valeur
 « serait aussi pris en considération pour la détermination
 « des bénéfices. »¹

C'est donc à la fin de la société seulement, lorsque toutes les opérations sociales sont terminées et que le résultat en est connu, que les associés peuvent déterminer s'il y a des bénéfices ou des pertes, en examinant l'ensemble des opérations sociales depuis le commencement jusqu'à la fin de la société ; et, s'il y a des pertes, elles seront réparties d'après le pacte social, ou, dans le silence du contrat, proportionnellement à l'attribution des bénéfices.

Toutefois, si telle est la rigueur des principes, et s'il est vrai de dire qu'il n'y a de bénéfices ou de pertes qu'à la fin de la société, en fait, il arrive souvent que l'acte de so-

¹ *Cours de droit commercial*, IV, n° 999.

ciété porte que les bénéfices seront distribués chaque année, après que l'inventaire aura fait connaître la situation de la société.

En fait, cette pratique est souvent nécessaire. Lorsqu'une personne a apporté dans une société soit ses capitaux, soit son industrie, il faut qu'elle touche chaque année, sous une forme ou sous l'autre, ce qui lui est nécessaire pour vivre et faire vivre les siens. L'acte de société peut permettre aux associés de prélever chaque année une somme déterminée pour ses besoins ; mais il peut aussi, pour atteindre le même résultat, prescrire chaque année le partage des bénéfices.

En droit, aucun texte ne met obstacle à ce que les associés conviennent de cette distribution annuelle des bénéfices ; et cet usage est même tellement répandu qu'il faudra peu de chose dans l'acte de société pour que l'on présume que telle a été la volonté des parties.¹

220 I. — Si les mises sont égales, qu'elles soient absorbées par les pertes, et qu'il ait été convenu que les pertes seront supportées inégalement, cette inégalité devra s'appliquer au prélèvement des mises.

On a soutenu qu'il ne devait pas en être ainsi, par le motif suivant. Il ne faut considérer comme perte, dit-on, que celle qui existe en outre de la perte de la mise : la mise est perdue non pas pour les associés, mais pour la société qui en est devenue propriétaire ; cette perte ne constitue donc qu'une diminution du fonds social, diminution qui devra être supportée également par les associés, lorsque leur apport est égal.

Ce système, présenté devant la Cour de Paris, puis devant la Cour de cassation, a échoué devant ces deux juridictions, et à notre avis il devait échouer. En effet, lorsqu'une mise est apportée à la société à titre de propriété,

¹ Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 222 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 431 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 55-56.

cette mise entre dans la composition de l'actif de la société, et devra suivre le sort de cet actif : il ne peut s'agir pour les associés de prélever cette mise, si la société est finalement en perte, mais de répartir la perte dans la proportion indiquée par l'acte de société. On ne peut distinguer dans l'actif social deux éléments, la mise et les gains : il y a un actif unique, composé des mises et des gains, et on doit rapprocher de cet actif le passif social ; puis, la balance une fois faite, on appliquera l'acte de société ou la loi pour la répartition de la perte finale.¹

221. — La solution devra être la même dans l'hypothèse inverse, celle où les mises sont inégales, et où l'acte de société porte que les pertes devront être supportées également. Dans cette hypothèse comme dans la précédente, la prétention de l'associé qui veut que la perte soit supportée proportionnellement aux mises conduit, en réalité, à donner à chaque associé le droit de prélever ses apports : or, ce droit n'existe pas pour des apports dont la société est devenue propriétaire. La seule question qui se pose est celle de savoir comment les pertes seront supportées, et l'acte de société tranche la question en disant qu'elles seront supportées également.²

222. — Indépendamment des apports qu'il verse dans la société et qui se confondent dans l'actif social, l'associé peut aussi verser des capitaux en compte courant, comme le ferait un tiers étranger à la société.

Si le versement est fait dans ces conditions, l'associé qui l'a effectué devra être traité, pour la reprise des sommes versées à ce titre, non pas comme un associé, mais comme un créancier ordinaire. Cet associé a en effet deux quali-

¹ Cassation, 11 janvier 1865, Sirey, 65, I, 12, et Dalloz, 65, I, 9. — Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 15, 220 et 278 ; Aubry et Rau, IV, § 380, texte et note 10, p. 557 ; Laurent, XXVI, n° 283.

² Cassation, 27 mars 1861, Sirey, 61, I, 315, et Dalloz, 61, I, 161. — Aubry et Rau, IV, § 380, texte et note 11, p. 557 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 460 ; Laurent, XXIV, n° 284.

tés : il est associé, et, s'il y a des pertes, il les supportera de la manière indiquée dans l'acte de société ; mais il est aussi créancier, et s'il n'y a pas dans la société de sommes suffisantes pour désintéresser tous les créanciers, il sera payé au marc le franc comme les autres créanciers.¹

223. — Si les associés n'ont pas usé de la faculté que la loi leur accorde et n'ont pas fixé la part de chacun dans les bénéfices et dans les pertes, l'article 1853 déclare que « la part de chacun sera *en proportion de sa mise* dans le « fonds de la société. »

En droit Romain, il paraît probable, bien que la question soit controversée, que l'on avait admis un autre système dans le cas de silence des parties, et que, au lieu de la répartition proportionnelle à la mise, on décidait que les bénéfices et les pertes seraient partagés *également* entre les parties :

« *Si nihil de partibus lucri et damni nominatim conven-*
« *rit, æquales scilicet partes et in lucro et in damno spec-*
« *tantur.* »²

C'était aussi le système que proposait Domat.

« Si les portions de perte et de gain n'étaient pas réglées
« par la convention, dit-il, elles seront égales ; car si les
« associés n'ont pas fait de distinction qui donne plus à
« l'un et moins à l'autre, leurs conditions n'étant pas
« distinguées, celle de chacun doit être la même que celle
« des autres. »³

Pothier faisait une distinction : si l'apport de chacun des associés consistait en argent ou en effets estimés, les pertes et les bénéfices étaient répartis proportionnellement à la valeur de chaque apport ; mais, si l'apport des associés n'é-

¹ Cassation, 21 juillet 1879, Sirey, 82, I, 349, et Dalloz, 82, I, 77.

² INSTITUT., *De societate*, § I (Lib. III, Tit. XXV). — *Adde*, Gaius, III, § 150 ; L. 29, *princ.*, D., *Pro socio* (XVII, II). — Accarias, *Précis de droit Romain*, II, n° 626.

³ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section I, § 4.

taut pas estimé, la répartition devait se faire également entre les associés.¹

Le système du Code repousse, comme on le voit, le système de Domat, le système de l'égalité de répartition entre les associés ; mais il s'écarte aussi du système de Pothier, et il ne reproduit pas la distinction que faisait Pothier suivant que les mises étaient ou n'étaient pas estimées.

On a, il est vrai, essayé de soutenir le contraire, et on a prétendu que la présomption était que les mises étaient d'une valeur égale, lorsqu'elles n'étaient pas estimées.² Mais cette opinion doit être repoussée par les motifs suivants : les rédacteurs du Code, éclairés sur les différents aspects de la question par la controverse qui régnait dans notre ancien droit, ont pris parti ; ils ont repoussé le système du droit Romain et de Domat, et ils ont substitué à la distinction de Pothier un système plus radical, celui de la répartition proportionnelle dans tous les cas, que l'apport soit estimé ou non ; le texte ne distingue pas. Quant à la prétendue présomption d'après laquelle les apports devraient être réputés égaux, s'ils ne sont pas estimés, elle doit être repoussée par application de l'article 1350, qui ne permet pas d'admettre de présomption légale en dehors des textes.³

224. — La règle de l'article 1853, interprétée comme nous venons de le faire, nous paraît moins bonne que celle que proposait Pothier.

En effet, il n'y a rien de plus équitable en soi que la répartition des bénéfices et des pertes proportionnellement à l'apport de chacun, et il n'y a rien de plus simple que l'ap-

¹ *Du Contrat de Société*, n° 73.

² Duranton, XVII, n° 426 ; Pardessus, *Cours de droit commercial*, IV, n° 985.

³ Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 615 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 225 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 483 ; Laurent, XXVI, n° 297 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 50.

plication de cette règle, lorsque les apports sont en argent ou ont été estimés. Mais, si l'apport consiste en biens non estimés, comment en déterminer la valeur, surtout si l'estimation n'a lieu qu'à la fin de la société ? A toute époque, l'évaluation par experts de la valeur des apports offre un caractère arbitraire, mais si cette évaluation est faite après plusieurs années, elle ne présente plus de sécurité.

Il est vrai que les associés peuvent empêcher cet inconvénient de se produire en estimant leur apport : mais la loi doit être prévoyante pour ceux qui ne le sont pas, et, à notre avis, l'article 1853 n'atteint pas le but que le législateur devrait poursuivre.

225. — La dernière partie de l'article 1853, à propos de l'évaluation de l'apport industriel, a donné lieu aussi à des critiques : d'après ce texte, lorsqu'un associé n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou les pertes est réglée comme si sa mise était égale à celle de l'associé qui a « *le moins apporté* ». Quels sont les motifs de cette évaluation ?

Le texte primitif de l'article 1853 ne contenait pas cette partie : elle a été ajoutée sur les observations du Tribunal :

« Cette fixation, dit le procès-verbal de la séance du 29
« nivôse an XII, a paru plus juste à la section : et au sur-
« plus elle ne peut présenter aucun inconvénient, puisque
« tout l'article n'aura lieu que pour le cas où il n'y aura
« point de la part des parties une convention contraire
« qu'il ne dépendra que d'elles de stipuler. »¹

M. Boutteville, dans son *Rapport au Tribunal*, explique dans les termes suivants les motifs qui ont déterminé à adopter cette évaluation :

« Donnerons-nous, dit-il, la plus forte ou la plus faible
« des parts des autres associés à celui qui n'apporte que
« ses bras, sa tête et son courage, et qui néglige de faire
« régler la part ou le traitement qui lui sera accordé ? Si

¹ Fenet, XIV, p. 381.

« nous lui donnons la plus forte, n'encouragerons-nous pas
 « l'insouciance et l'oubli de la précaution la plus facile à
 « prendre ? En ne lui assignant que la plus faible, nous lui
 « donnons le sage avertissement de ne jamais négliger de
 « stipuler lui-même ses intérêts, et de faire régler son sort.
 « Daignez aussi le remarquer, nous n'avions à choisir
 « qu'entre la part la plus forte et la plus faible ; il était
 « impossible de recourir au nombre des associés. Les
 « mises et les parts des autres pouvant être inégales, il
 « devient impossible de suivre à la fois la proportion du
 « nombre des associés et celle de leur mise. Le seul parti
 « à prendre était donc celui des dispositions du projet, qui
 « statuent que l'égalité entre associés n'est pas en raison
 « de leur nombre, mais en proportion des mises de chacun ;
 « que l'industrie n'aura droit qu'à la part la plus faible,
 « c'est-à-dire qu'elle est bien avertie de s'apprécier elle-
 « même, et de faire fixer sa part ou son traitement. »¹

M. Laurent critique la disposition de l'article 1853 et ses motifs :

« Cette disposition, dit-il, étonne au premier abord ; elle
 « semble témoigner d'une espèce de dédain pour le travail
 « industriel, et cependant c'est l'intelligence qui fait réussir
 « les entreprises, de quelque nature qu'elles soient... »

Puis, après avoir indiqué les motifs donnés par M. Boutteville, il ajoute :

« La justification est assez étrange. Pourquoi ne pas es-
 « timer l'apport intellectuel ce qu'il vaut généralement, en
 « l'assimilant à la mise la plus élevée, sauf aux autres asso-
 « ciés à l'évaluer si l'industrie n'a pas cette valeur ? La dispo-
 « sition, telle qu'elle est rédigée, ressemble à une peine. »²

La critique nous semble assez peu justifiée. Il fallait bien que la loi donnât une évaluation, pour le cas où les associés auraient omis d'en faire une. L'attribution à l'associé qui a

¹ *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIV, p. 410-411.

² XXVI, n° 298.

apporté son industrie d'une part calculée d'après le nombre des associés est impossible, comme le dit très bien M. Bouteville, puisque les parts des associés peuvent être inégales ; l'évaluation par experts de la valeur de l'apport en industrie est plus arbitraire encore que l'évaluation de l'apport en nature, et il n'y a à opter qu'entre la fixation à la valeur de l'apport le moins élevé, ou à celle de l'apport le plus élevé. Nous ne voyons pas de motif pour prendre l'une de ces fixations plutôt que l'autre, et dès lors nous ne pouvons critiquer le législateur d'avoir pris comme mesure l'apport le moins élevé, lorsque les parties n'ont pas elles-mêmes assigné une valeur différente à l'apport industriel.

225 I. — La fixation de la valeur de l'apport industriel, telle que l'article 1853 la détermine, qu'on la critique ou non, est dans tous les cas une règle arbitraire ; c'est plutôt un moyen d'amener les associés à fixer eux-mêmes la valeur de l'apport qu'une évaluation satisfaisante de cet apport. On doit donc interpréter strictement cette disposition, et ne l'appliquer qu'à l'hypothèse même qu'elle prévoit, l'apport d'une industrie : mais si, en outre de son industrie, l'associé a fait un apport en nature ou en numéraire, cette disposition de l'article 1853 ne lie plus les juges.

Mais comment devra alors être fixée la valeur du double apport de cet associé ? Une opinion enseigne qu'il faut procéder de la façon suivante : l'associé prendra d'abord une part égale à celle de l'associé qui a apporté le moins, comme part afférente à son apport industriel proprement dit, puis il prendra une part proportionnelle à son apport en nature ou en numéraire.¹

Ce procédé d'évaluation est très rationnel, et il a été adopté par le Code civil espagnol de 1889, dont l'article 1689 est ainsi conçu :

« L'associé, qui n'aura apporté que son industrie, aura

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 619 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 232 ; Aubry et Rau, IV, § 381, texte et note 3, p. 557.

« une part égale à celle de l'associé ayant apporté le moins.
 « Si, en plus de son industrie, il a apporté un capital, il
 « recevra également la part proportionnelle qui lui appar-
 « tient. »¹

Mais nous ne croyons pas pouvoir adopter cette solution, au moins comme règle absolue et impérative, dans le silence de l'article 1853. En effet, non seulement l'application littérale de l'article 1853 ne conduit pas à ce résultat, mais rien dans ce texte n'autorise une pareille solution, et les circonstances pourraient la rendre peu équitable : c'est ce qui arriverait si l'apport en argent ou en nature avait été fait à raison du peu d'importance de l'apport en industrie, et pour donner à cet apport une valeur à peu près égale à celle de l'apport des autres associés.

Aussi faut-il décider, selon nous, que la loi n'ayant pas prévu cette hypothèse, mais seulement celle d'un apport consistant uniquement en industrie, les tribunaux seront libres de fixer, selon les circonstances, la part qui doit être attribuée à l'associé qui a fait un apport pour partie en industrie et pour partie en nature.²

226. — L'article 1853 est encore inapplicable à l'hypothèse où l'apport de tous les associés est un apport en industrie : il ne peut plus être question de comparer cet apport à l'apport en nature le moins important, puisqu'il n'y a pas d'apport en nature.

Deux procédés seulement peuvent être appliqués dans cette hypothèse : la répartition des bénéfices et des pertes également entre les associés, d'après leur nombre, ou bien la fixation par les tribunaux de la valeur de l'industrie de chaque associé.

En législation, le premier système nous paraît bien préférable. S'il y a un apport difficile à évaluer, c'est l'apport

¹ Traduction Levé, p. 318.

² Colmar, 16 juin 1863, et Cassation, 14 juin 1865, Sirey, 67, I, 207, et Dalloz, 66, I, 133. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 491 ; Laurent, XXVI, n° 299.

industriel, et la difficulté est loin d'être diminuée parce qu'il faudra évaluer tous les apports au lieu d'un seul. On comprendrait donc très bien que le législateur décidât que s'il n'y a que des apports en industrie, chaque associé prendra une part égale dans les bénéfices et dans les pertes, à moins de stipulation contraire.

Mais le législateur ne l'a pas dit, et nous croyons qu'il faut s'en tenir à la règle posée dans le premier alinéa de l'article 1853 : la part de chaque associé sera en proportion de sa mise, dont les tribunaux devront fixer la valeur.¹

La solution contraire vient cependant d'être adoptée par un arrêt de la Cour de Grenoble du 19 janvier 1885, suivi d'un arrêt de rejet du 16 novembre 1886, qui formule nettement la théorie que nous combattons :

« Attendu qu'il résulte des conventions de l'arrêt attaqué
« que les frères X... n'ont entendu mettre en commun que
« leur industrie ;

« Attendu que, dans une telle société, les bénéfices doi-
« vent être partagés et les pertes supportées par moitié
« entre les deux associés, et que cette règle devait, à moins
« qu'il n'y fût dérogé par une convention, régir la société
« pendant toute sa durée. »²

Nous voyons bien dans cet arrêt une affirmation de l'idée que, s'il n'y a que des apports industriels, la répartition doit se faire d'après le nombre des associés, mais rien dans le texte de l'article 1853 n'autorise une pareille affirmation. Loin de là, cet article pose en règle que la part de chacun est en proportion de sa mise, ce qui implique une évaluation des mises, sauf dans le cas prévu par le dernier alinéa, celui où il y a un apport en industrie, et un apport en nature ou en numéraire.

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 492 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 52. — *Compar.* toutefois Nancy, 14 mars 1868, Sirey, 69, II, 214, et Dalloz, 69, II, 92.

² Sirey, 88, I, 423 ; Dalloz, 87, I, 391 ; et *Pandectes Françaises*, 90, I, 141.

Ce qui enlève d'ailleurs un peu de l'autorité de l'arrêt de la Cour de cassation que nous venons de citer, c'est que la question même que nous examinons n'était pas discutée et n'était pas soumise à son examen : le pourvoi était fondé sur ce que la société n'avait pu continuer à produire ses effets légaux, à raison de l'absence de l'un des associés. Il est donc permis d'espérer que cette jurisprudence n'est pas définitive.

227. — A la différence de l'apport en nature ou en numéraire, qui se fait d'une manière complète et définitive au moment où l'associé remet à la société la somme ou l'objet promis, l'apport de l'industrie a un caractère successif : l'associé s'engage à fournir son industrie à la société pendant toute sa durée, et son apport ne sera complètement réalisé qu'à l'expiration du temps fixé pour la durée de la société.

Il suit de là que si la société est dissoute avant le terme fixé par les statuts, l'associé qui a apporté son industrie n'aura pas droit à toute la part que l'article 1853 lui accorde, mais seulement à une fraction de cette part, proportionnelle au temps pendant lequel la société a duré. Cet associé n'a en effet réalisé qu'une partie de son apport, et il n'a droit qu'à une part correspondante dans les bénéfices.¹

228. — La règle de l'article 1853, qui fixe la part des associés dans les bénéfices et dans les pertes d'après la valeur de la mise de chaque associé, n'est applicable que dans le cas où les mises ont été fixées dans l'acte de société ; mais, si la mise consiste en apports dont le chiffre n'était pas indiqué à l'avance, et qui ont été faits successivement, au fur et à mesure des besoins de la société, l'associé ne sera considéré, pour les sommes ou pour les valeurs qu'il

¹ Colmar, *Arrêt précité* du 16 juin 1863. — Aubry et Rau, IV, § 381, texte et note 1, p. 557 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n^{os} 304 et 489 ; Laurent, XXVI, n^o 300 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n^o 52.

a ainsi apportées, que comme un créancier ; et elles ne grossiront pas la part de bénéfices à laquelle il a droit.

S'il en était autrement, il dépendrait du gérant, en faisant ou en ne faisant pas d'appel de fonds, de modifier la participation des associés dans les bénéfices de la société, ce qui est inadmissible.

On ne tiendra donc compte, pour la fixation des parts, que des apports dont le chiffre a été fixé au moment de la constitution de la société, et non de ce qui a été apporté par les associés successivement et arbitrairement, au cours de la société.¹

229. — Les associés, qui ont, comme nous l'avons dit, avec l'article 1853, le droit de fixer comme bon leur semble la part de chacun dans les bénéfices, peuvent s'en rapporter pour cette fixation à l'un d'eux ou à un tiers ; et, d'après l'article 1854, le règlement fait par l'associé ou par le tiers choisi ne peut être attaqué, s'il n'est évidemment contraire à l'équité.

La solution de l'article 1854 est empruntée à la loi Romaine. Les textes proclament le droit pour les associés de s'en rapporter à un tiers pour la fixation de la part qui revient à chacun ;² et le jurisconsulte Paul ajoute que la fixation faite par l'arbitre pourra être attaquée, si elle est manifestement injuste :

« *Unde si Nervæ arbitrium ita pravum est, ut manifesta*
« *iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonæ*
« *fidei.* »³

C'était aussi la décision adoptée dans notre ancien droit :

« Quelquefois, dit Pothier, les parties ne règlent pas
« elles-mêmes les parts que chacun des associés aura ; mais
« elles conviennent, par le contrat de société, de s'en rap-

¹ Rennes, 29 avril 1881, sous Cassation, 1^{er} août 1883, Sirey, 86, I, 20, et Dalloz, 84, I, 357. — *Adde* Nancy, 14 mars 1868, Sirey, 69, II, 214, et Dalloz, 69, II, 92.

² L. 75 — 81, D., *Pro socio* (XVII, II).

³ L. 79, *Eod. Titul.*

« porter au règlement qui en sera fait par une certaine per-
 « sonne, ou même quelquefois par l'une des parties. Ce rè-
 « glement auquel elles conviennent de s'en rapporter ne doit
 « pas s'entendre d'une règle purement arbitraire, mais d'un
 « règlement qui sera fait selon les règles de l'équité... C'est
 « pourquoi si le règlement qu'aurait fait l'expert auquel elles
 « se sont rapportées était manifestement inique, la partie
 « lésée pourrait le faire réformer... Mais, à moins que l'ini-
 « quité du règlement ne fût évidente, la présomption est
 « pour l'équité du règlement, et l'une des parties n'est pas
 « recevable à s'en plaindre. »¹

« Cet abandon à l'autorité d'un seul, disait le tribun Gil-
 « let, est favorable en plusieurs occasions, où les associés
 « ne sont que des collaborateurs choisis et protégés par le
 « chef de la famille ou de la maison. »²

Sans aller jusqu'à dire, comme le fait M. Laurent,³ que cette disposition est « *de pure théorie* », nous devons reconnaître qu'elle est et qu'elle doit être très rare : lorsqu'une personne engage ses capitaux ou son industrie dans une société, elle veut savoir à l'avance dans quelle proportion elle partagera les bénéfices de cette société. On conçoit qu'elle s'en rapporte à la règle de l'article 1853, qui proportionne la répartition du bénéfice à l'étendue de l'apport ; mais, à moins de supposer ces rapports, non pas seulement de confiance absolue, mais de subordination que prévoyait le tribun Gillet, on ne comprend pas que les associés laissent à un tiers, moins encore à l'un d'eux, la tâche si délicate de fixer la part de bénéfices revenant à chacun.

L'article 1671 du Code civil Néerlandais prohibe cette clause :

« Les associés ne peuvent convenir de s'en rapporter à
 « l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts. Une

¹ *Du Contrat de Société*, n° 74. — *Compar.*, Domat, *Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section II, § 11.

² Fenet, XIV, p. 422.

³ XXVI, n° 296.

« telle clause est réputée non écrite, et les dispositions de « l'article précédent (analogue à notre article 1853) sont « applicables. »¹

L'article 1690 du Code civil Espagnol de 1889 distingue : la clause est valable si les associés sont convenus de s'en rapporter à un tiers, nulle s'ils ont décidé de laisser cette fixation à l'un d'eux.²

230. — L'article 1854 fait naître les mêmes questions que l'article 1592, qui, dans le contrat de vente, permet de laisser la fixation du prix à l'arbitrage d'un tiers.³

Si la personne désignée pour fixer les parts refuse de le faire, ou devient incapable, y a-t-il lieu de décider qu'il n'y a pas de société, de même que l'article 1592 décide qu'il n'y a pas de vente ? Nous le croyons : l'analogie est évidente avec le contrat de vente, et, comme la mission du tiers désigné est particulièrement délicate dans le contrat de société, nous ne pensons pas que les associés puissent être forcés de s'en rapporter à la personne que désigneraient les tribunaux. Le contrat est conditionnel, et il ne devra produire aucun effet si la condition à laquelle il est subordonné, la fixation du prix par la personne choisie, ne se réalise pas.⁴

De même, si les parties sont convenues, dans le contrat de société, de désigner plus tard le tiers qui fixera les parts de chacun dans les bénéfices et dans les pertes, et que l'une d'elles se refuse à faire cette désignation, nous croyons que les tribunaux ne peuvent la faire au lieu et place des parties. Nous avons donné les motifs de cette décision, en examinant la même question dans le contrat de

¹ *Traduction Tripels*, p. 276.

² Lehr, *Eléments de droit civil Espagnol*, II, p. 304 ; Levé, *Code civil Espagnol*, p. 318-319.

³ Voir notre *Traité de la Vente*, I, n° 99 et suiv.

⁴ Duranton, XVII, n° 425 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 625 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 245. — Contrà, Pont, *Du Contrat de Société*, n° 471.

vente, lorsque l'une des parties se refuse à désigner le tiers qui doit fixer le prix de la vente, et nous ne pouvons que nous y référer.¹

231. — Le règlement fait par l'associé ou le tiers désigné ne peut être attaqué, d'après l'article 1854, s'il n'est « *évidemment contraire à l'équité.* »

On s'est demandé ce qu'il fallait entendre par ces expressions, et M. Malleville avait soutenu que l'on devait appliquer par analogie l'article 1674, et n'admettre la nullité du règlement que s'il y avait lésion de plus des sept douzièmes : mais cette opinion est à bon droit restée isolée. Il n'y a en effet aucune analogie entre la situation du vendeur d'immeubles, pour lequel est écrit l'article 1674, et celle de l'associé ; de plus, l'article 1854 donne aux juges, dans la matière de la société, des pouvoirs beaucoup plus étendus que dans la rescision au cas de vente. Ils auront donc à examiner si l'équité est ouvertement violée par le règlement de l'arbitre, et, dans le cas de l'affirmative, la lésion ne fût-elle que d'un quart ou d'un cinquième, ils devront prononcer la nullité du règlement.²

232. — La durée de l'action ouverte aux associés pour attaquer le règlement de l'arbitre est de trois mois, qui commencent à courir du jour où la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement.

L'article 1854, qui fixe ce délai, ajoute que l'action ne serait pas recevable, si le règlement avait reçu de la part de l'associé qui l'attaque un commencement d'exécution. Cette exécution est une ratification de ce que l'arbitre a fait.

Observons, avec MM. Massé et Vergé³ et Pont,⁴ qu'il im-

¹ Voir notre *Traité de la Vente*, I, n° 101. — Sic Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 526. — *Contra*, Duranton, XVII, n° 425 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 248 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 473.

² Aubry et Rau, IV, § 381, texte et note 4, p. 358 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 476.

³ Sur Zachariæ, IV, p. 435, note 4.

⁴ *Du Contrat de Société*, n° 477.

porte de ne pas confondre l'action en nullité du règlement des parts, dont nous nous occupons, avec l'action en rescision du partage, fondée sur la lésion de plus du quart. Cette action, que l'article 1872 rend applicable au partage des sociétés, se prescrira seulement par le délai de dix ans, conformément à la règle générale de l'article 1304.

233. — Malgré le principe de la liberté, laissée aux associés par l'article 1853, de régler comme bon leur semble la part de chacun dans les bénéfices et dans les pertes, la loi apporte certaines restrictions que nous devons examiner, soit quant aux bénéfices, soit quant aux pertes.

Quant aux bénéfices, l'article 1855, porte que la convention qui donnerait à l'un des associés *la totalité des bénéfices* est nulle.

« Il est de l'essence du contrat de société, disait Po-
 « thier, que les parties se proposent par le contrat de faire
 « un gain ou profit, dans lequel chacune des parties con-
 « tractantes puisse espérer d'avoir part, à raison de ce
 « qu'elle a apporté à la société. C'est pourquoi si, par le
 « contrat d'une prétendue société, il était convenu que le
 « profit appartiendrait en entier à l'une des parties con-
 « tractantes, sans que l'autre y pût prétendre de part en
 « aucun cas, une telle convention ne serait pas un contrat
 « de société, et elle serait nulle comme manifestement in-
 « juste. Les jurisconsultes Romains ont donné à cette es-
 « pèce de convention le nom de *société léonine*, par allu-
 « sion à la fable du lion, qui, ayant fait une convention de
 « société avec d'autres animaux pour aller à la chasse,
 « s'empara seul de toute la proie. *Cessius respondit socie-*
 « *tatem talem coiri non posse, ut alter lucrum, alter dam-*
 « *num sentiret, haec societatem leoninam solitum appellare ;*
 « *et nos consentimus... Iniquum enim genus societatis est,*
 « *ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet ; L. 29,*
 « § 2, ff., *Pro socio.* »¹

¹ *Du Contrat de Société*, n° 12.

« Une convention, disait M. Boutteville au Tribunal, « qui donnerait à l'un des associés tous les profits, et l'affranchirait de toutes les pertes, n'est pas une société, « mais l'association si justement proscrite sous le nom de « *société léonine*. »¹

Une telle association est nulle, même si l'associé qui ne doit prendre aucune part aux bénéfices était déchargé des pertes : même dans ce cas, le but essentiel de la société ne serait pas atteint, puisque l'une des parties ne pourrait pas, suivant les expressions de Pothier, espérer d'avoir part aux gains ou bénéfices de la société.²

Mais l'article 1855 ne prohibe pas la convention par laquelle, en cas de décès de l'un des associés, on stipulerait que la liquidation de la société n'aura lieu qu'un an après, et que, dans cet intervalle, les opérations seront dirigées par l'associé survivant, qui profitera seul des bénéfices et supportera seul les pertes. Cette combinaison n'a pas du tout le caractère de la stipulation défendue par l'article 1855 : tant que les associés ont vécu, les bénéfices ont été partagés, et la prolongation de la société n'a d'autre but que d'empêcher les effets dommageables d'une liquidation brusque et intempestive, ce qui est dans l'intérêt de tous.³

234. — Si la loi prohibe la stipulation qui donne tous les bénéfices à l'un des associés, elle ne s'oppose pas à ce que l'un d'eux prenne dans les bénéfices une part plus forte que l'autre.

Cette attribution inégale peut être justifiée par une inégalité dans les apports : et, comme les associés savent mieux que personne de quelle importance est pour la société l'apport de l'un d'eux, on doit admettre que la répartition inégale des bénéfices est valable, car elle doit avoir pour cause une différence de valeur dans les apports.

¹ *Rapport au Tribunal*, Fenet, XIV, p. 410.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n° 438 ; Laurent, XXVI, n° 285.

³ Cassation, 17 août 1868, Sirey, 69, I, 22.

Cette solution avait prévalu en droit Romain, après avoir été controversée :

« *Quintus Mutius contra naturam societatis talem pac-*
 « *tionem esse existimavit, et ob id non esse ratam haben-*
 « *dam. Servius Sulpitius, (cujus sententia prævaluit) contra*
 « *sensit: quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in*
 « *societate, ut eos justum sit conditione meliore in socie-*
 « *tatem admitti.* »¹

C'était aussi la solution admise dans notre ancien droit :

« Comme les associés peuvent contribuer différemment,
 « les uns plus, les autres moins, de travail, d'industrie,
 « de soin, de crédit, de faveur, d'argent ou d'autre chose,
 « il leur est libre de régler inégalement leurs portions,
 « selon que chacun doit avoir sa condition ou plus ou
 « moins avantageuse, à proportion de la différence de ce
 « qu'ils contribuent. »²

L'article 1855 ne prohibe que la clause qui attribue *la totalité* des bénéfices à l'un des associés ; il en résulte que la clause qui prescrit entre eux la répartition *inéga*le des bénéfices est valable, en vertu du principe écrit dans le premier alinéa de l'article 1853, qui laisse les associés libres de fixer comme ils veulent leur part dans la société.

C'est d'ailleurs ce que Treilhard indique dans l'*Exposé des motifs au Corps législatif*;³ mais la formule qu'il emploie est trop absolue, et tendrait à faire croire que l'inégalité dans la répartition des bénéfices n'est valable que s'il est établi qu'elle correspond à une inégalité dans les apports. Or, aucune limitation de ce genre n'existe dans la loi, et l'inégalité dans la répartition des bénéfices est permise, lors même qu'il n'y aurait pas entre les mises d'inégalité apparente.⁴

¹ INSTITUT., *De societate*, § 2 (III, XXVI).

² *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section I, § 6.

³ Fenet, XIV, p. 398.

⁴ Duranton, XVII, n° 422 ; — Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 11, p. 545 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 464 ; Laurent, XXVI, n° 287. — *Compar.* article 1811.

235. — Il faut toutefois, pour que la clause qui répartit inégalement les bénéfices soit valable, que la part de l'associé qui a le moins ne soit pas tellement minime qu'elle devienne illusoire. On ne doit pas faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement, et les associés ne peuvent éluder la loi, qui défend de donner tous les bénéfices à l'un, en attribuant à l'autre une part infime dans les bénéfices. Les juges devront donc rechercher si la clause de répartition inégale des bénéfices a été faite de bonne foi, avec l'intention de partager sérieusement les bénéfices entre les associés, ou si les parties n'ont pas voulu masquer par cette répartition une attribution totale des bénéfices à un seul, et, dans ce dernier cas, l'article 1855 devra être appliqué.¹

236. — Peut-on stipuler que les bénéfices de la société appartiendront en entier au survivant des associés ?

Il importe de ne pas confondre cette question avec celle que nous avons examinée plus haut, à propos du caractère des *Tontines* :² nous avons pensé que les tontines n'étaient pas des sociétés, car, si on met dans ce contrat une chose en commun pour que cette chose appartienne au survivant des contractants, la volonté de réaliser un bénéfice avec les apports n'existe pas. Ce sont les apports eux-mêmes qui seront capitalisés et attribués au survivant, ou aux survivants des contractants à partir d'une certaine époque. Ici au contraire nous supposons que les contractants ont eu l'intention de réaliser des bénéfices avec les apports : nous sommes donc bien en présence d'un véritable contrat de société ; mais, au lieu de partager ces bénéfices entre tous les associés, le contrat porte qu'ils appartiendront au survivant. Cette clause est-elle valable ?

Non, d'après une première opinion.

« Le texte qui défend d'accorder tous les bénéfices à l'un

¹ Laurent, XXVI, n° 247.

² *Suprà*, n° 74.

« des associés, dit M. Duvergier, est ouvertement violé par
 « l'attribution qui en est faite au survivant ; et certaine-
 « ment l'infraction à la loi n'est pas justifiée, parce que le
 « hasard doit désigner celui à qui elle profitera. Que, par
 « accident, un associé se trouve, dans quelques cas rares
 « et par l'effet de certaines circonstances, appelé à recevoir
 « tous les bénéfices, cela n'emporte pas nullité de la so-
 « ciété ; mais que l'un ou l'autre doive nécessairement
 « tous les recueillir, c'est absolument impossible. »¹

« La chance du bénéfice suffit-elle, dit de son côté M. Lau-
 « rent ? L'article 1855 ne dit pas cela ; il veut que chaque
 « associé ait une part dans les bénéfices, et une part est quel-
 « que chose de positif, de réel. Si la convention peut aboutir
 « à ce résultat, que l'un des associés ait tout le bénéfice, et
 « que l'autre n'ait rien, l'intérêt n'est plus commun. »²

Pour nous, nous croyons que cette stipulation est valable.

Il est certain, d'abord, que tous, dans notre ancien droit, s'accordaient à en reconnaître la validité :

« S'il estoit, dit Masuer, convenu et porté par les contracts
 « d'association, ou de mariage, que le survivant succédast
 « au prémourant, la convention seroit bonne. »³

« Ce pacte est valable, dit aussi Despeisses, que le sur-
 « vivant des associés succédera au prémourant en tous ses
 « biens, soit que ce pacte soit apposé à la convention faite
 « entre les mariés, ou bien hors icelui, en simple contrat de
 « société. »⁴

La question va donc être de savoir si le Code civil a déro-
 gé à cette tradition, et rien, dans l'article 1855, ne per-
 met de le dire, à notre avis du moins. Ce que l'article 1855
 a voulu prohiber, comme son texte le prouve et comme les

¹ *Du Contrat de Société*, n° 268.

² XXVI, n° 288.

³ LA PRACTIQUE, *Des associations*, Titre XXVIII, n° 8.

⁴ *Des Contrats*, Titre III, Section II, n° 26. — Sic Rousseaud de Lacombe, RECUEIL DE JURISPRUDENCE CIVILE, v° *Société*, Part. II, Sect. III, n° 21 ; Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 13.

travaux préparatoires le démontrent surabondamment, c'est la société *léonine*, celle dans laquelle l'un des associés s'est fait la part du lion ; et il n'y a rien de pareil dans la clause que nous étudions, les deux associés ont un intérêt égal à ce que la société fasse des bénéfices, car ils ont un droit égal à en profiter.

Ajoutons que l'article 1525 reconnaît expressément la validité de cette clause dans la communauté conjugale.¹ Nous reconnaissons que l'argument tiré de ce texte ne serait pas suffisant, s'il était seul, car la communauté conjugale est régie par des règles spéciales, que l'on ne peut pas étendre par analogie aux sociétés pécuniaires ; mais, lorsque la clause était permise dans l'ancien droit, pour les sociétés ordinaires comme pour l'association conjugale, lorsque l'article 1525 la permet et la régleme pour la communauté entre époux, et qu'aucun texte ne la prohibe pour la société en général, ne sommes-nous pas autorisés à conclure qu'elle est permise dans les sociétés, du moment où elle n'est pas défendue ? Pour notre part, nous le croyons tout à fait.²

237. — La solution que nous venons de donner, à propos de la clause qui attribue au survivant tous les bénéfices de la société, doit, à notre avis, être étendue, et il faut déclarer valable toute clause qui n'attribue à un associé des bénéfices que si telle condition s'accomplit, par exemple, si les bénéfices atteignent tel chiffre.³

De même, on peut stipuler que l'un des associés aura le choix entre une part dans les bénéfices, et une somme annuelle fixe : sous cette double forme, l'associé prend part

¹ Voir notre *Traité du Contrat de Mariage*, III, n° 1624-1628.

² Rouen, 31 juillet 1867, sous Cassation, 17 août 1868, Sirey, 69, I, 22. — Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 646 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 441 et suiv. ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 44.

³ Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 13 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 441.

aux bénéfices ; et on ne peut se plaindre que les prescriptions de l'article 1855 n'aient pas été respectées.¹

Il n'en serait différemment que si la somme fixe, pour laquelle l'associé peut opter, était tellement importante qu'elle absorbât les bénéfices de la société : alors la clause tomberait sous le coup de l'article 1855, car elle constituerait un moyen indirect d'attribuer à l'un des associés la totalité des bénéfices.²

238. — On doit aussi, à notre avis, considérer comme licite la clause aux termes de laquelle l'associé gérant serait privé de sa part dans les bénéfices, si les dépenses dépassaient un chiffre indiqué. Dans cette clause comme dans celles que nous venons d'examiner aux deux numéros précédents, aucun des associés ne s'est fait une part excessive dans les bénéfices ; seulement, pour diminuer les dépenses que serait tenté de faire l'associé gérant, qui souvent n'apporte que son industrie, il est convenu que, si les dépenses sont excessives, il ne participera pas aux bénéfices. C'est là une clause pénale qui est valable dans le contrat de société comme dans les autres contrats, et l'associé qu'elle atteint peut en éviter l'application en diminuant le chiffre des dépenses de la société qu'il dirige.³

239. — Quant à la répartition des pertes, l'article 1855 contient une prohibition qui vient limiter la liberté des parties contractantes, de même qu'il la limite pour l'attribution des bénéfices : ce texte interdit en effet « la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés. »

¹ Cassation, 7 décembre 1836, Sirey, 37, I, 650. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 448 ; Laurent, XXVI, n° 289 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 45. — *Compar.*, Cassation, 9 juillet 1885, Sirey, 88, I, 477, et Dalloz, 86, I, 301.

² Lyon-Caen et Renault, *Op. et loc. citat.*

³ Cassation, 15 novembre 1858, Sirey, 59, I, 382, et Dalloz, 59, I, 39. — Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 15, p. 546 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 444.

En droit Romain, cette clause était valable, mais il paraît probable que sa validité était subordonnée à la condition que l'associé, affranchi de toute contribution aux pertes, apportât une mise industrielle supérieure à la mise de ses associés :

« *Ità coïri societatem posse ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum verò commune sit, Cassius putat : quod ità demum valebit (ut et Sabinus scribit), si tanti opera, quanti damnum est : plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia ; item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.* »¹

Dans notre ancien droit, la clause dont nous occupons était valable d'une manière absolue, pourvu qu'elle fût équitable, c'est-à-dire que l'apport en nature ou en industrie de l'associé déchargé des pertes fût plus important que celui des autres associés :

« Cette même considération des différentes contributions des associés, dit Domat, peut aussi rendre juste la convention qui donne à un des associés une part au gain, et le décharge de toute perte ; à cause, par exemple, de l'utilité de son crédit, de sa faveur, de son industrie, ou des peines qu'il prend, des voyages qu'il fait, des périls où il s'expose. Car ces avantages que tire de lui la société compensent celui qu'elle lui accorde de le décharger des pertes. Et il a pu justement ne s'engager qu'à cette condition, sans laquelle il ne serait point entré dans la société, qui peut-être même ne pouvait se faire sans lui... »²

Pourquoi les rédacteurs du Code ont-ils rompu avec ces traditions, et pourquoi ont-ils prohibé la stipulation qui affranchit un associé de toute contribution aux pertes ? On a

¹ L. 29, 1, D., *Pro socio* (XVII, II). — Accarias, *Précis de droit Romain*, II, n° 625. — *Compar.* toutefois : INSTITUT., *De societate*, § 2 (Lib. III, Tit. XXV) ; et Pont, *Du Contrat de Société*, n° 451.

² *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section I, § 9. — *Sic* Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 20 et 75.

donné comme motif que le législateur nouveau a craint qu'une telle stipulation ne déguisât un prêt usuraire : mais ce motif ne peut avoir déterminé les rédacteurs du Code, qui, dans l'article 1907, ne limitaient pas le taux de l'intérêt conventionnel. Ce motif est d'autant moins admissible que la clause était reconnue valable dans notre ancien droit, où non seulement l'usure, mais le prêt à intérêt étaient défendus.¹

Aussi croyons-nous que telle n'est pas la véritable raison qui a inspiré le deuxième alinéa de l'article 1855, mais que l'on a voulu empêcher que l'un des associés ne se fit une situation meilleure dans la société que les autres associés : c'est ce qui arriverait si l'un d'eux prenait tous les bénéfices, mais c'est aussi ce qui se produirait, si l'un d'eux ne devait supporter aucune perte. Aussi croyons-nous que les deux alinéas de l'article 1855 sont inspirés par la même pensée : empêcher que l'un des associés ne recueille tous les avantages de la société. C'est l'idée que paraît avoir exprimée le tribun Gillet, dans son *Discours au Corps législatif* :

« On regarderait, à la vérité, comme une *stipulation léonine* celle qui affranchirait de toute contribution dans leur charge les sommes ou effets mis au fonds social par un ou plusieurs associés. »²

Cette prohibition de l'article 1855 n'a point été admise par le Code civil Néerlandais, dont l'article 1672 est ainsi conçu : « Il est permis de stipuler que les pertes seront exclusivement supportées par l'un ou plusieurs des associés. »³

240. — Il faut, pour que la prohibition de l'article 1855 relative à la répartition des pertes soit applicable, que l'un des associés soit affranchi « *de toute contribution* » aux pertes : s'il en supporte une part, fût-elle moins importante que celle des autres associés, l'article 1855 cesse d'être applicable :

¹ Laurent, XXVI, n° 290.

² Fenet, XIV, p. 422.

³ *Traduction* Tripels, p. 276.

« Attendu, dit très bien la Cour de Cassation, que l'article
 « 1855 déclare nulle la stipulation qui affranchirait de
 « toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis
 « dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés ;
 « que la nullité ne saurait donc être reconnue lorsque l'ap-
 « port de l'associé reste, dans une certaine mesure, réelle-
 « ment exposé aux pertes. »¹

Toutefois il faut apporter à cette idée la restriction que nous avons apportée, en ce qui concerne la répartition des bénéfices : si la part que l'un des associés doit supporter dans les pertes est si peu importante qu'elle détruise visiblement toute égalité dans le contrat, cette stipulation devra être considérée comme léonine, et elle tombera sous le coup de la prohibition de l'article 1855.²

241. — L'article 1855, 2, constitue une exception à la règle générale écrite dans l'article 1853, puisque ce dernier texte permet aux associés de déterminer comme ils le veulent leur part dans les pertes : on doit donc entendre restrictivement l'exception de l'article 1855.

La première conséquence de cette idée, c'est que l'associé, qui n'apporte que son *industrie*, peut être déchargé de toute contribution aux pertes. Le texte de l'article 1855 ne s'applique en effet qu'à l'associé qui a apporté « des sommes ou des effets », point à celui qui n'a apporté que son industrie. De plus, l'interprétation que nous donnons de l'article 1855 a été formellement donnée par le tribun Gillet, qui, dans son *Discours au Corps législatif*, s'est exprimé comme il suit :

« S'il se trouvait quelque associé dont la mise fût unique-
 « ment en industrie, il pourrait être convenu de l'exempter
 « des pertes ; cette exception serait à son égard considérée
 « comme une partie du prix qu'on aurait mis à ses travaux. »³

¹ Cassation, 9 juillet 1885, Sirey, 88, I, 477, et Dalloz, 86, I, 301.
 — Sic Duranton, XVII, n° 417 ; Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 11, p. 545.

² Cassation, 11 avril 1837, Sirey, 37, I, 275.

³ Fenet, XIV, p. 422.

On conçoit d'ailleurs cette différence, car, malgré la clause qui l'exempte de toute contribution aux pertes, l'associé industriel n'en perd pas moins son industrie, pour le temps qu'a duré la société : il perd d'une autre manière que l'associé qui a fait un apport en nature, mais il éprouve, lui aussi, une perte. Ce n'est donc point, à proprement parler, un avantage fait à l'associé qui n'apporte que son industrie, c'est la restriction de la perte à son capital, c'est-à-dire à son industrie : si la société éprouve des pertes, il aura travaillé pour rien pendant tout le temps qu'elle aura duré, et il est vrai de dire qu'il perd sa mise.¹

Le Code civil Espagnol de 1889 contient, à ce sujet, une disposition précise; après avoir proclamé la nullité de la convention qui affranchit un associé de toute participation aux pertes, l'article 1691 ajoute :

« Seul l'associé qui apporte son industrie peut être exempté de toute responsabilité dans les pertes. »²

242. — La seconde conséquence de l'interprétation restrictive qu'il convient de donner à l'article 1833, c'est que l'on peut stipuler valablement qu'un associé ne sera tenu que *jusqu'à concurrence de sa mise*, ou *jusqu'à concurrence du capital mis en société*. Ce que l'article 1833 prohibe, c'est la décharge *réelle* de l'associé, l'exemption des dettes sociales pour son apport; mais ce texte ne défend nullement la décharge *personnelle* de l'associé, l'exemption des dettes sociales pour ses biens autres que son apport : c'est ce qui résulte du texte même de cet article, qui défend la stipulation affranchissant de toute contribution aux pertes « *les sommes ou effets mis dans le fonds de la société.* »

¹ *Compar.*, Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 654 et suiv. ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 257 ; Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 13, p. 546 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 452 et suiv. ; Laurent, XXVI, n° 291-292 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 40.

² *Traduction* Levé, p. 319.

Les autres biens de l'associé peuvent donc en être valablement affranchis.¹

Mais comment cette clause, qui exonère l'associé de toute responsabilité, si ce n'est sur les biens qui forment son apport, et qui est valable entre les associés par cela seul qu'elle est insérée dans le contrat de société, pourra-t-elle être portée à la connaissance des tiers ? Il est évident en effet qu'une clause aussi grave ne peut être opposable aux tiers que si elle est connue d'eux, car elle déroge à l'effet ordinaire des obligations contractées au nom de la société, obligations qui lient personnellement les associés.

Pour les sociétés commerciales, il n'y a aucune difficulté, et il suffit que les associés aient pris la forme des sociétés anonymes ou en commandite pour que ce résultat soit obtenu.²

Il n'y a pas de difficulté non plus pour ceux qui pensent que l'on peut, en donnant aux sociétés civiles la forme commerciale, leur attribuer tous les effets de la société commerciale. Mais nous avons pensé qu'il n'en était pas ainsi, et que, malgré la forme commerciale qui leur était donnée, les sociétés civiles n'en restaient pas moins régies par les règles du Code civil.³ Elles sont donc régies notamment par l'article 1863, qui oblige les associés vis-à-vis des créanciers de la société chacun pour une somme et part égales.

Aussi croyons-nous que, si l'obligation a été limitée par le contrat de société à leur apport, le seul moyen pour eux de rendre cette stipulation opposable aux tiers, c'est de la faire insérer dans le contrat par lequel la société s'oblige vis-à-vis d'eux. A ce moyen, mais à ce moyen seulement, l'associé, déchargé par le contrat de société vis-à-vis des

¹ Paris, 15 mars 1866, Sirey, 66, II, 235 ; Paris, 27 juillet 1869, Sirey, 70, II, 47 ; Cassation, 2 avril 1889, *Pandectes Françaises*, 90, I, 21. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 452 ; Laurent, XXVI, n° 392.

² Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 42.

³ *Suprà*, n° 23.

associés, sera déchargé vis-à-vis des tiers de toute obligation personnelle.

La Cour de cassation a, selon nous, très bien motivé cette solution dans l'arrêt dont nous allons reproduire les considérants :

« Attendu que, d'après l'article 1863 du Code civil, les
 « membres d'une société civile sont tenus envers le créan-
 « cier de la société chacun pour une somme et part égales;
 « qu'ils ne sauraient s'affranchir de cette obligation en sti-
 « pulant dans l'acte de société qu'ils ne seraient pas tenus
 « sur leurs biens personnels des dettes sociales, et que le
 « paiement ne pourrait en être poursuivi que sur les biens
 « dépendant de la société; qu'une telle clause serait non
 « avenue et ne pourrait être opposée aux tiers, qui ont le
 « droit de compter sur la responsabilité personnelle des
 « associés établie par la loi;

« Mais attendu qu'il est en général loisible à chacun de
 « se départir des avantages ou des droits établis en sa fa-
 « veur, et qu'il n'est pas interdit à ceux qui contractent
 « avec les membres d'une société civile de renoncer au
 « bénéfice de l'article 1863, et de faire remise aux as-
 « sociés de leur responsabilité personnelle; que cette re-
 « nonciation, stipulée et consentie dans un contrat parti-
 « culier, restreinte à ce contrat, et applicable seulement
 « entre les parties contractantes, ne constitue que l'exer-
 « cice légitime de la liberté des conventions; qu'elle n'est
 « donc pas contraire à l'ordre public, et par conséquent
 « illicite. »¹

Il faudra donc, pour que la limitation de la responsabilité des associés soit opposable aux tiers, qu'elle soit déclarée dans le contrat qui les a rendus créanciers de la société : à cette condition, mais à cette condition seulement

¹ Cassation, 21 février 1883, Sirey, 84, I, 361. — *Sic* Lyon, 8 août 1873, Sirey, 74, II, 105; Douai, 23 mars 1878, Sirey, 78, II, 305; Cassation, 2 juillet 1884, Sirey, 86, I, 169. — *Contrà*, Labbé, *Note* Sirey, 1884, I, 361.

cette stipulation sera valable à la fois vis-à-vis des associés, liés par le contrat de société, et vis-à-vis des tiers, obligés par une déclaration qui les prévenait des conséquences du contrat qu'ils allaient passer.

243. — Si l'on ne peut stipuler valablement que l'un des associés sera déchargé des pertes, ne peut-on du moins convenir que, dans les rapports des associés entre eux, l'un sera chargé de toute la perte, parce qu'il aura une part plus forte dans les bénéfices ?

C'était l'opinion de Pothier; après avoir posé en principe que tout associé doit supporter une part dans les pertes, il ajoutait :

« Il faudrait décider autrement, dans le cas auquel un
 « marchand qui a un bon commerce, dont le fonds est de
 « 40,000 livres, ferait un contrat de société avec un parti-
 « culier qui apporterait aussi 40,000 livres en argent, avec
 « la clause que ce particulier aurait les trois quarts du
 « gain, au lieu de la moitié qu'il devrait seulement avoir ;
 « mais qu'il se chargerait en conséquence de toute la perte.
 « Ce contrat est un véritable contrat de société. La clause
 « par laquelle ce marchand se décharge du risque de la
 « perte sur son associé n'a rien d'inique, pourvu que l'es-
 « pérance du gain se trouvant pour le moins en raison
 « double du risque de la perte, le prix de l'espérance du
 « quart dans le gain qu'il lui cède équilibre au prix du
 « risque de sa moitié dans la perte dont il se charge. Le
 « fonds de commerce que ce marchand a mis dans la so-
 « ciété étant quelque chose de frugifère, il a pu retenir une
 « part dans le gain, quoique l'autre associé lui assure ce
 « fonds et l'affranchisse du risque de la perte. »¹

Cette opinion est soutenue aujourd'hui encore, notamment par M. Troplong : « Quand l'associé se charge du
 « risque moyennant quelque chose d'équivalent, dit-il, ce
 « n'est pas autre chose qu'un contrat d'assurance : cet
 « associé devient assureur, l'autre associé est assuré. »²

¹ *Du Contrat de Société*, n° 23.

² *Du Contrat de Société*, II, n° 653.

Nous croyons qu'il faut rejeter cette opinion, et décider que la prohibition de l'article 1855 s'applique à cette clause. Ce texte dit en effet que l'on ne peut pas affranchir l'un des associés de toute contribution aux pertes, et la stipulation dont nous examinons la portée n'a pas d'autre but. On objecte qu'elle ajoute au contrat de société un contrat d'assurance qui est valable : mais si l'argument était vrai, au lieu de dire dans l'article 1855 qu'il est défendu d'exonérer un associé de toute part dans les pertes, le législateur aurait dit que cela était permis, une pareille stipulation renfermant un mélange licite du contrat de société et du contrat d'assurance.¹

241. — La solution que nous venons d'adopter devrait encore être suivie si, au lieu d'être insérée dans l'acte même de société, la convention par laquelle l'un des associés consent à prendre à sa charge toutes les pertes était contenue dans un acte postérieur au contrat de société. Il serait trop facile en effet d'é luder les dispositions de l'article 1855, s'il suffisait, pour rendre la clause d'affranchissement des pertes valable, de l'inscrire dans un acte distinct de l'acte de société. La société suppose essentiellement une communauté d'intérêts, une participation de tous les associés dans la perte et dans le gain, et, si cette condition essentielle est supprimée, que ce soit par l'acte de société ou par un acte postérieur, la société est nulle.²

245. — Deux restrictions toutefois doivent être apportées à la prohibition de l'article 1855, relative à la répartition des bénéfices.

En premier lieu, comme le fait justement remarquer

¹ Cassation, 16 janvier 1867, Sirey, 67, I, 173, et Dalloz, 84, I, 222 ; Paris, 14 avril 1883, Dalloz, 84, II, 122. — Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 10, p. 545 ; Pont, *Du Contrat de Société*, nos 455 et suiv. ; Laurent, XXVI, n° 293 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 46.

² Cassation, 14 juin 1882, Sirey, 82, I, 423 ; Dalloz, 84, I, 222 ; et *France Judiciaire*, 82-83, 55. — Adde arrêts précités de Cassation, 16 janvier 1867, et de Paris, 14 avril 1883.

M. Laurent,¹ si la personne qui est déchargée de toute participation aux pertes n'a voulu faire qu'un prêt à la société ; si, malgré la forme employée, on est en présence d'un contrat de prêt, et non d'un contrat de société, l'exonération des pertes est très légitime et ne pourra être critiquée.

En second lieu, si l'associé ne peut pas se faire assurer par son co-associé contre les chances de perte, il peut valablement obtenir cette garantie d'un tiers, à notre avis. Cette convention en effet n'est point contraire aux règles de la société, puisqu'elle est faite, non pas entre associés, mais entre un associé et un tiers : elle sera donc gouvernée par les règles du contrat d'assurance, non par celles du contrat de société, et à ce titre elle doit être déclarée licite.²

246. — Il résulte des explications que nous venons de présenter, quant au partage des bénéfices et à la répartition des pertes, que les associés peuvent avoir dans les bénéfices une part plus forte que dans les pertes, ou réciproquement.

Cette question, jadis controversée en droit Romain, avait été résolue en ce sens dans le dernier état du droit : « *Et* « *adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud* « *quoque constiterit posse conveniri, ut quis lucri partem* « *ferat, damno non teneatur.* »³

C'était aussi la solution admise dans notre ancien droit : « C'est, dit Domat, un effet de l'inégalité des contribu- « tions qu'il peut être convenu entre deux associés que « l'un aura plus de part au gain qu'il ne supportera de « perte, et que l'autre, au contraire, portera une plus « grande part de la perte que celle qu'il pourra avoir au « profit ; et qu'ainsi, par exemple, l'un entrera dans la so- « ciété pour deux tiers de gain et un tiers de perte, et l'autre « pour un tiers de gain et deux tiers de perte. »⁴

¹ XXVI, n° 293.

² Aix, 4 novembre 1886, Sirey, 88, II, 73, et *Note* de Lyon-Caen. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 458.

³ INSTITUT., *De societate*, § 2 (III, XXV).

⁴ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section I, n° 6. — Sic Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 20.

Sous l'empire du Code civil, la question ne peut faire de doute en présence des termes de l'article 1855 : ce texte, en ne prohibant que l'attribution à l'un des associés de la totalité des bénéfices et l'affranchissement de toute contribution aux pertes, autorise par là même toutes les combinaisons intermédiaires, toute répartition inégale des bénéfices et des pertes entre les associés.¹

246 I. — Si les associés ont contrevenu aux prohibitions de l'article 1855, soit quant à l'attribution des bénéfices, soit quant à la répartition des pertes, ce n'est pas la clause qui est nulle, c'est la convention de société toute entière qui est frappée de nullité.

La rédaction de l'article 1855 n'est pas très correcte à ce point de vue, et les expressions qu'il emploie, « la convention est nulle, il en est de même de la stipulation..... », tendent à faire croire que ce n'est pas l'acte entier qui est nul, mais seulement la stipulation : mais ce n'est là qu'une inexactitude de rédaction, et c'est la convention de société toute entière qui doit tomber. L'article 1172 pose en effet comme principe absolu, pour tous les contrats à titre onéreux, que la condition illicite « est nulle et rend nulle la convention qui en dépend », et ce principe est applicable à la société comme aux autres contrats.

Les travaux préparatoires ne laissent pas de doute d'ailleurs sur cette solution :

« ... La société est un contrat consensuel, dit M. Treilhard, et la loi ne peut voir de consentement véritable dans un contrat de société dont un seul recueillerait tout le profit, et dont l'intérêt commun des parties ne serait pas la base. »²

« Si le projet, dit aussi M. Boutteville, a le soin d'ajouter qu'une convention qui donnerait à l'un des associés tous les profits, et l'affranchirait de toutes les pertes, n'est pas une société..., c'est principalement pour ne pas laisser

¹ Laurent, XXVI, n° 294.

² *Exposé des motifs au Corps Législatif*, Fenet, XIV, p. 395.

« oublier que jamais la violence, la force ne produisent de véritables droits, de conventions légitimes. »¹

On doit donc décider qu'une telle convention « n'est pas une société », suivant les expressions du rapporteur au Tribunal, et la nullité totale doit en être prononcée par les tribunaux.²

247. — Il ne suffit pas de déclarer que la société, dans laquelle les bénéfices ou les pertes ont été illégalement répartis, est nulle pour l'avenir, il faut encore déterminer quels seront les effets, pour le passé, de cette société annulée.

Une opinion propose de liquider la société d'après les bases admises par la loi, en l'absence d'une déclaration de la volonté des parties, c'est-à-dire en proportion des mises de chacun, conformément à l'article 1853.³

Nous croyons, avec M. Laurent,⁴ que la règle que l'on doit suivre n'est pas celle de la liquidation des sociétés, mais bien celle de la liquidation des communautés. La société étant déclarée nulle, par suite de l'absence d'un élément essentiel à sa validité, le partage équitable des pertes et des bénéfices, il est vrai de dire qu'il n'y a pas eu de société entre les parties, mais une simple indivision, une communauté d'intérêts : on traitera les contractants dont le contrat est résolu non pas comme des associés, ils n'ont pas été associés, mais comme des communistes.

Nous verrons, en nous occupant de *la communauté*, dans le second appendice à ce traité, dans quelle mesure l'article 1853 est applicable à la communauté, non pas comme règle législative, mais comme principe d'équité applicable par analogie même aux communistes.

¹ Rapport au Tribunal, Fenet, XIV, p. 411.

² Duranton, XVII, n° 422 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 662 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 277 ; Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 9, p. 545 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 467 ; Laurent, XXVI, n° 295 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 48.

³ Aubry et Rau, IV, § 377, p. 545 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 48.

⁴ XXVI, n° 295.

CHAPITRE V

DES DROITS DES ASSOCIÉS DANS LES CHOSSES DÉPENDANT DE LA SOCIÉTÉ.

248. — Les associés ont, dans les sociétés civiles, un droit de copropriété sur les choses dépendant de la société, du moins dans la théorie que nous avons admise et qui refuse à ces sociétés la personnalité civile.

Mais ce droit de copropriété va être singulièrement limité, pendant la durée de la société, par l'organisation même du contrat de société : les choses apportées en société y ont été apportées non pas pour servir aux associés, mais pour atteindre un but que les associés poursuivent en commun, et pour la réalisation duquel ils unissent à la fois leurs apports et leur industrie.

Il suit de là que les droits des associés dans les choses de la société sont très limités, et pour ainsi dire accessoires : tout doit converger, dans le contrat de société, vers la poursuite du but que la société se propose d'atteindre, et les droits individuels des associés sont subordonnés à ce but ; ils ne peuvent exercer ces droits qu'autant que leur exercice n'entravera en aucune manière la marche des opérations sociales.

Tel est le principe général qui gouverne les droits des associés dans les choses de la société, droits que nous allons maintenant étudier.

249. — Aux termes de l'article 1859, 2°, chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit.

La formule de ce texte, empruntée à Pothier,¹ n'exprime pas d'une manière très heureuse, selon nous, les droits de l'associé : l'article 1859, 2°, présente en effet le droit de l'associé de se servir des choses de la société comme un fait normal, comme une règle à laquelle il serait seulement apporté deux restrictions, pour le cas où l'usage par l'associé des choses de la société lèserait les intérêts sociaux, ou empêcherait les autres associés de se servir de ces choses.

Or, nous croyons que l'usage par l'associé des choses de la société ne doit pas être la règle, mais l'exception, et l'article 1859, 2°, devrait, à notre avis, être ainsi rédigé : « L'associé ne peut pas se servir des choses appartenant à la société, à moins que l'usage qu'il en fait ne nuise pas aux intérêts de la société. »

Les exemples que Pothier donne montrent bien que telle est la portée restreinte du droit que l'article 1859, 2°, donne aux associés : ainsi l'associé pourra se servir, dit-il, d'une maison appartenant à la société, *si elle n'est pas destinée à être louée*, ou si elle a été mise dans la société pour servir à l'habitation des associés ; ou bien encore il peut se servir d'un cheval appartenant à la société, *dans les temps où il n'y a pas de voyages à faire dans l'intérêt de la société.*²

Ces exemples montrent bien que le droit de l'associé n'existe qu'à titre exceptionnel, dans les cas très rares où l'usage qu'il fait des choses de la société ne peut pas nuire au but que la société poursuit.³

¹ *Du Contrat de Société*, n°s 84-85.

² Pothier, *Op. et loc. citat.*

³ *Compar.*, Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 360 ; Laurent, XXVI, n° 323.

Dans ces hypothèses exceptionnelles, l'associé qui se sert de la chose sociale devra ne l'employer qu'à l'usage auquel elle est destinée. De plus, il ne devra s'en servir que de manière à ne pas empêcher ses associés d'en user aussi, ce qui rend plus rares encore les cas où l'associé peut se servir de la chose sociale : il faut supposer soit un bien dont la jouissance est divisible, comme la maison dont parlait Pothier, et dans laquelle chaque associé pouvait trouver un logement ; soit un bien dont chaque associé peut jouir alternativement.

250. — L'article 1859, 3^o, donne à l'associé un autre droit : celui d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses nécessaires à la conservation des choses de la société.

Voici ce que disait à ce propos la loi Romaine, non pas en matière de société, mais en matière de communauté :

« *Si ædes communes sint, aut paries communis et eum*
 « *reficere vel demolire, vel in eum immittere quid opus sit,*
 « *communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto*
 « *uti possidetis experimur.*¹

« Par exemple, dit Pothier, qui formule la même règle
 « pour la société, si des bâtiments ont besoin de répara-
 « tions, s'il y a une partie de vin dont les tonneaux aient
 « besoin d'être reliés à neuf, chacun des associés peut obli-
 « ger ses associés à concourir avec lui à faire ces répara-
 « tions ou ces reliages..... »²

Mais il importe de rapprocher cette règle de celle que nous avons étudiée avec l'article 1859, 4^o, en traitant de l'administration de la société, et d'après laquelle l'associé ne peut faire d'innovation sur les biens de la société.³ L'innovation est défendue même à l'associé gérant, à moins que, par son caractère, elle ne constitue un véritable acte d'administration : et les innovations ne pourraient même

¹ L. 12, D., *Communi dividundo* (X, III).

² *Du Contrat de Société*, n° 86.

³ *Suprà*, n° 142.

pas être autorisées par la majorité des associés, il faudrait, ainsi que nous l'avons dit, l'unanimité.¹

Les travaux ou les dépenses ayant pour but la conservation de la chose constituent, au contraire, des actes nécessaires, auxquels le communiste, et à plus forte raison l'associé, peuvent contraindre tous les communistes ou associés. Mais il faut bien se pénétrer de la mesure dans laquelle l'associé peut exercer ce droit : ce n'est que lorsqu'il s'agit de dépenses « nécessaires », et l'article 1859, 3^o, serait inapplicable aux dépenses simplement utiles.

251. — La théorie des droits de l'associé sur les choses de la société est complétée par l'article 1860, aux termes duquel l'associé, qui n'est point administrateur, ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société.

La loi Romaine s'exprimait dans les termes suivants :

« *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, et si totorum bonorum socii sint.* »²

Pothier, s'inspirant de ce texte, employait les expressions ci-après :

« Un associé ne peut aliéner, ni engager les choses dépendant de la société, si ce n'est pour la part qu'il y a. »³

Nous avons déjà indiqué quelle interprétation devait recevoir, selon nous, cette disposition de l'article 1860 : elle signifie que l'associé qui administre dans le silence des statuts de la société, lorsqu'aucun gérant n'a été nommé, ne peut ni aliéner, ni engager les biens de la société, parce que aliéner n'est pas administrer ; et il n'en sera différemment que si, d'après le but de la société, cette aliénation est en réalité un acte d'administration.⁴

La solution doit être la même pour l'associé gérant, dont la loi ne parle pas : pas plus que l'associé non administra-

¹ *Suprà*, n^o 145.

² L. 68, *princ.*, D., *Pro socio* (XVII, II).

³ *Du Contrat de Société*, n^o 89.

⁴ *Suprà*, n^o 141.

teur, il n'a le droit d'aliéner directement ou indirectement les choses de la société, car son mandat se borne à les gérer, et ne va pas jusqu'à les aliéner, sauf dans les hypothèses particulières où cette aliénation rentre dans le but de la société.

252. — La loi Romaine et Pothier, dans le passage que nous avons cité, permettaient à l'associé d'aliéner les biens de la société « *pour la part qu'il y a* », suivant l'expression de Pothier : la loi Romaine n'est pas moins précise, et elle déclare que l'associé ne peut aliéner au delà de sa part, « *Nemo ex sociis plus parte suâ potest alienare* ». L'article 1860, qui défend à l'associé d'aliéner, n'ajoute pas, comme Pothier, « *si ce n'est pour la part qu'il y a* » : faut-il en conclure que cette vente par l'associé de sa part dans la société serait frappée de nullité ? Nous n'hésitons pas à répondre que, malgré le silence du texte, cette vente par l'associé de ses droits est valable.

Nous ne voulons pas dire par là que la vente que l'associé fera de ses droits produira immédiatement ses effets, de manière que le tiers auquel l'associé aura vendu sa part dans un immeuble social, par exemple, puisse s'opposer à ce que cet immeuble soit aliéné par la société. Tant que la société vit, tous les actes des associés doivent être guidés par l'intérêt social, et dans tous les cas ne peuvent y porter atteinte ; et ce serait gravement compromettre l'intérêt social que de paralyser le droit de disposition de la société sur les choses qui lui appartiennent.

Voilà pourquoi, probablement, l'article 1860 ne dit pas, comme la loi Romaine et comme Pothier, que l'associé peut vendre les choses de la société pour la part qu'il y a : il ne peut pas en effet les vendre, comme le ferait un propriétaire ordinaire, en donnant immédiatement à son acquéreur le droit d'agir en maître sur le bien vendu, d'en provoquer le partage, etc... Mais il peut vendre ses droits *tels qu'il les a*, à la charge par l'acheteur de ne les exercer que de la manière dont l'associé vendeur les aurait lui-même exercés : ainsi l'acheteur ne pourra s'opposer à la vente

du bien social dont il aurait acheté une part indivise, ni en provoquer le partage. Il sera, en un mot, dans la même situation que son vendeur, et obligé comme celui-ci de n'entraver en rien les opérations de la société.¹

252 1. — La solution que nous venons de donner, à propos du droit de l'associé de vendre ou d'engager sa part, détermine la mesure du droit qui appartient aux créanciers *personnels* de l'associé sur la part de celui-ci dans la société.

Cette part étant dans le patrimoine de leur débiteur, ils peuvent la faire saisir et la faire vendre ;² mais l'adjudicataire de cette part n'aura point, pas plus que l'acheteur sur vente volontaire dont nous venons d'examiner la situation, le droit de provoquer le partage des choses sociales avant l'époque fixée pour la dissolution de la société, ni le droit de s'immiscer dans l'administration sociale.³

Nous aurons seulement à examiner, lorsque nous traiterons, dans la quatrième partie de ce Traité, de la *Dissolution de la société*, si les créanciers personnels de l'associé n'ont pas le droit de provoquer immédiatement la dissolution de la société, si leur débiteur est tombé en déconfiture.

253. — L'associé a, aux termes de l'article 1861, le droit de s'associer un tiers quant à la part qu'il a dans la société, et cela sans le consentement de ses associés ; mais le même article ajoute qu'il ne peut, sans ce consentement, l'associer à la société.

L'origine de cette disposition remonte au droit Romain. Voici comment Ulpien s'exprimait à ce propos :

« *Qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit, et rectè. Cum enim societas consensu contrahatur, socius*

¹ *Compar.* Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 371 ; Thiry, *Revue critique*, 1854, p. 438-439 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 587-589 ; Laurent, XXVI, n° 328.

² Paris, 2 mai 1811, Sirey, c. N., III, II, 487 ; Paris, 13 août 1834, Sirey, 34, II, 674 ; Alger, 12 juin 1866, Sirey, 67, II, 46.

³ Aubry et Rau, IV, § 381, texte et notes 3, 4 et 5, p. 560-561.

« *mihi esse non potest, quem ego socium esse nolui. Quid ergo si socius meus eum admisit? Ei soli socius est.* »¹
 « *Nam socii mei socius, meus socius non est.* »²

Nous trouvons des dispositions analogues dans notre ancien droit :

« Si un des associés, dit Domat, s'associe une autre personne, ce tiers ne sera point associé des autres, mais seulement de celui qui l'a associé. Ce qui sera entre eux une autre société séparée de la première, et bornée à la portion de cet associé qui s'en est joint un autre. »³

« Chacun des associés, dit également Pothier, n'ayant le droit de disposer des effets de la société que pour la part qu'il a dans cette société, c'est une conséquence qu'il peut bien, sans le consentement de ses associés, s'associer un tiers à la part qu'il a dans la société, mais qu'il ne peut pas, sans le consentement de ses associés, l'associer à la société. C'est pourquoi, si, après avoir contracté avec vous une société, soit universelle, soit particulière, je juge à propos de m'associer un tiers, ce tiers sera *mon associé* à la part que j'ai dans la société que nous avons contractée ensemble. Mais n'ayant pas eu le droit de l'associer sans votre consentement à notre société, si ce n'est seulement pour la part que j'y ai, il ne sera pas *votre associé*. »⁴

254. — L'article 1861 énonce deux principes qui doivent faire successivement l'objet de notre examen : le premier, que le texte n'énonce que le second, mais qui doit être étudié tout d'abord, d'après lequel l'associé ne peut associer quelqu'un à la société sans le consentement de ses associés ; le second, qui lui permet de s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société.

¹ L. 19, D., *Pro socio* (XVII, II).

² L. 20, D., *Pro socio* (XVII, II). *Adde* L. 47, D., *De regulis juris* (L, XVII).

³ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section II, § 5.

⁴ *Du Contrat de Société*, n° 91.

La première règle, d'après laquelle l'un des associés ne peut associer un tiers à la société, est très bien justifiée par M. Treilhard, dans l'*Exposé des motifs au Corps législatif*:

« Les associés peuvent, dit-il, sans le consentement de
« leurs co-associés, admettre un tiers à leur part dans la
« société, mais ils ne peuvent pas l'adjoindre à la société
« même : la confiance personnelle est la base de ce con-
« trat, et l'ami de notre associé peut n'avoir pas notre con-
« fiance. »¹

Le consentement des associés, que l'article 1861 exige, n'est pas le consentement de la majorité seulement, mais de l'unanimité des associés : il s'agit en effet d'apporter une modification au pacte social, d'admettre dans la société un personnage nouveau, et les modifications au pacte social ne peuvent être décidées que par l'unanimité des associés.²

Ce consentement peut d'ailleurs être exprès ou tacite ; c'est ainsi, par exemple, que si la société est divisée par actions, il résulte de ce mode de division que les associés ont accepté d'avance, pour faire partie de la société, les cessionnaires que chaque associé peut se substituer :

« La division du capital social en actions, dit très bien
« M. Pont, la nature du titre représentatif de l'intérêt de
« l'actionnaire, son caractère, les conditions mêmes de
« l'émission, sont autant de circonstances qui rendent ab-
« solument indifférente la composition du personnel so-
« cial. Les sociétés de ce genre font appel au crédit ; qui-
« conque répond à l'appel en souscrivant devient action-
« naire ou associé et ne s'enquiert en aucune façon de ceux
« qui deviendront actionnaires en souscrivant comme lui.
« Loin de se choisir, les associés peuvent ne pas se connaî-
« tre, et généralement ils ne se connaissent pas. Ce qu'ils

¹ Fenet, XIV, p. 400.

² Besançon, 28 décembre 1842 et 23 avril 1845, Sirey, 46, II, 655, et Dalloz, 47, II, 15. — Aubry et Rau, IV, § 581, texte et note 11, p. 559 ; Laurent, XXVI, n° 332.

« considèrent avant tout, c'est le capital ou l'apport ; et
 « pourvu qu'il soit réalisé, il importe peu que ce soit par
 « tels ou tels souscripteurs ou par tels ou tels autres. »¹

Si le consentement des associés ne résulte pas de la forme même de la société, mais de ce que, par dérogation aux statuts, ils ont permis à un associé de se substituer un tiers, la preuve de ce consentement spécial devra être fournie suivant les règles du droit commun : il faudra donc une preuve écrite, ou tout au moins un commencement de preuve par écrit de ce consentement.²

255. — Nous venons de voir que les associés peuvent, entre eux, convenir que chacun aura le droit de céder sa part à un tiers. Par l'effet de cette convention, l'associé qui cède ses droits se substitue le cessionnaire pour l'exécution des obligations dont il était lui-même tenu envers la société.

Mais, à l'égard des tiers, cette clause qui permet à l'associé de céder à une personne sa part dans la société est-elle valable ? Et, si elle est valable, est-elle opposable aux tiers par cela seul qu'elle est dans les statuts de la société, sans qu'elle ait été portée spécialement à leur connaissance lorsqu'ils ont traité avec la société ?

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 598. — Sic, Cassation, 1^{er} ventôse an X, Sirey, c. n., I, I, 595. — Voir, sur la distinction de l'action et de l'intérêt dans les sociétés : Beudant, *Revue critique*, XXXIV, p. 328 et suiv., et p. 405 et suiv. ; Batbie, *Revue critique*, XXXIV, p. 332 et suiv. ; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, I, p. 114 et suiv. ; Pardessus, *Cours de droit commercial*, IV, n° 973 et 993 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, I, n° 128 et suiv. ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 599 et suiv. ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, n° 37 et 100. — Adde Cassation, 27 mars 1878, Sirey, 78, I, 277, et Dalloz, 78, I, 308 ; Cassation, 13 mars 1882, Sirey, 83, I, 327, et Dalloz, 83, I, 83 ; Cassation, 2 août 1886, *Pandectes Françaises*, 86, I, 226 ; Cassation, 9 février 1887, Dalloz, 87, I, 439, et *Pandectes Françaises*, 87, I, 94.

² Cassation, 7 février 1826, Sirey, c. n., VIII, I, 274. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 606 ; Laurent, XXVI, n° 333.

La première question, la validité de la clause à l'égard des tiers, doit être résolue par l'affirmative, par le motif qu'en a très bien donné la Cour de Paris :

« Considérant qu'une pareille clause n'a rien d'illicite, « qu'aucun texte ne la prohibe et qu'elle ne présente rien « de contraire à la morale ou à l'équité ; que les tiers ne « sauraient en souffrir, du moment où elle est écrite dans « les statuts, toute personne qui veut traiter avec la so- « ciété étant libre de s'abstenir, si elle ne trouve pas dans « son organisation des garanties suffisantes. »¹

Quant à la seconde question, l'opposabilité de la clause aux tiers, le même arrêt juge qu'elle leur est opposable par cela seul qu'elle est écrite dans les statuts :

« Considérant que (le créancier), en traitant avec la so- « ciété, a accepté la loi des statuts ; qu'il a consenti à avoir « pour obligée, non pas telle ou telle personne faisant par- « tie de la société au moment où elle traitait, mais toute « personne qui en deviendrait membre par un transfert « régulier des parts ou actions, conformément aux statuts. »

Nous croyons, avec MM. Aubry et Rau² et Lyon-Caen,³ que cette dernière solution doit être repoussée, par les motifs que M. Lyon-Caen en a très bien fournis dans sa dissertation sous l'arrêt de 1869.

Sans doute, dans les sociétés commerciales, les statuts sont présumés connus des tiers, à raison de la publicité dont ils sont entourés ; mais cette présomption ne peut exister pour les sociétés civiles, dont les statuts ne sont pas rendus publics, du moment où la société n'a pas revêtu une forme commerciale. Le tiers, qui traite avec la société civile, est donc en droit de croire qu'elle est organisée suivant le droit commun des sociétés civiles, avec l'obligation pour

¹ Paris, 28 janvier 1868, Sirey, 69, II, 105, et Dalloz, 68, II, 244. — Aubry et Rau, IV, § 381, p. 559 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 609 ; Lyon-Caen, *Note*, Sirey, 69, II, 105.

² IV, § 381, texte et note 13, p. 559.

³ *Note*, Sirey, 69, II, 105.

chaque associé de répondre personnellement, pour sa part, du paiement des dettes sociales ; et, s'il y a dans les statuts quelque clause exceptionnelle, qui déroge à ces règles ordinaires sur le paiement des dettes, les associés doivent en donner connaissance au tiers au moment où il traite avec eux. C'est d'ailleurs ce qui paraît bien résulter de l'article 1863, aux termes duquel les associés sont tenus envers le créancier de la société chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, *si l'acte n'a pas spécialement restreint* l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part. Il est donc nécessaire, pour que la situation du tiers soit modifiée par une clause exceptionnelle des statuts d'une société civile, que cette clause ait été *spécialement indiquée* dans l'acte d'obligation.

256. — Lorsque les statuts permettent à l'associé de céder sa part dans la société, ils réservent ordinairement à la société un *droit de préférence*, le droit de reprendre pour elle le marché que l'associé a fait avec un tiers, ou qu'il se propose de faire. Rien n'est plus légitime que la stipulation d'un pareil droit, connu sous le nom de *retrait social* : par l'insertion de cette faculté dans les statuts, les associés ont le droit de vendre leur part, mais ce droit n'est que conditionnel, et subordonné au non-exercice par la société du droit de préférence réservé à son profit.

Habituellement l'acte de société, qui permet à l'associé de céder sa part et qui réserve à la société un droit de préférence sur cette part, fixe les conditions dans lesquelles l'associé devra notifier à la société sa volonté de vendre ou la vente qu'il a faite, et le délai dans lequel la société devra faire connaître le parti qu'elle prend. Si ces conditions sont fixées, les stipulations qui les fixent sont de rigueur, car il s'agit d'une faculté *conventionnelle*, qui n'a de valeur et qui ne peut avoir d'efficacité en dehors des termes de la convention qui la crée.¹

¹ Cassation, 17 avril 1834, Sirey, 34, I, 276 ; Douai, 10 janvier 1839, Sirey, 39, II, 495.

Si les statuts ne règlent ni les formes de la notification, ni le délai dans lequel la société devra exprimer son intention, il appartient aux tribunaux de dire si la société a été suffisamment prévenue, et de déterminer le délai de son option. Quant à la forme de l'avertissement qui doit lui être donné, il paraît impossible, dans le silence des statuts, d'exiger qu'il soit donné par exploit d'huissier : il pourra être donné par lettre, ou même verbalement, sauf, dans ce dernier cas, la difficulté de la preuve qui incombe à l'associé ; mais, du moment où il sera prouvé d'une façon régulière que la société a été mise en demeure d'opter, cet avertissement suffit, quelle qu'ait été sa forme.¹

257. — Si les statuts donnent à la société le droit d'exercer le retrait social au cas de vente par l'associé de sa part, ce droit ne peut être exercé par elle ni dans le cas où l'associé donne sa part en nantissement à l'un de ses créanciers, ni dans celui où il s'associe un croupier : dans ces deux hypothèses en effet, le créancier nanti et le croupier n'entrent pas dans la société ; ils n'ont de droits que sur la part de l'associé, telle qu'elle a été réglée entre celui-ci et la société, et sans qu'ils puissent prendre part à ce règlement. La société ne peut donc prendre pour elle un marché qui lui est étranger, ni évincer un tiers qui n'aura pas le droit de s'immiscer aux opérations de la société.²

Mais il en sera différemment si, tout en qualifiant de croupier le tiers avec lequel il traite, l'associé lui a en réalité cédé sa part dans la société. La société a alors le droit d'exercer le retrait social, car les termes employés dans l'acte, et la qualification inexacte donnée au cessionnaire, ne peuvent avoir pour résultat d'entraver le droit que l'on a voulu réserver à la société.³

¹ Arrêt précité de Douai, 10 janvier 1839. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 610 et suiv. ; Laurent, XXVI, n° 334.

² Rouen, 2 janvier 1847, Sirey, 48, II, 660, et Dalloz, 51, II, 232 ; Cassation, 24 novembre 1856, Sirey, 57, I, 516, et Dalloz, 56, I, 429. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 612 ; Laurent, XXVI, n° 336.

³ Arrêt précité de Cassation, 24 novembre 1856.

258. — Nous avons dit, dans notre *Traité de la Vente*,¹ et nous rappelons ici que si un associé cède à un tiers ses droits dans la société, alors que le pacte social ne l'y autorise pas, cette cession, n'eût-elle pour objet que des créances, n'est pas soumise à la formalité de l'acceptation ou de la notification prescrites par l'article 1690, dans les rapports du tiers cessionnaire avec la société. En effet, puisque cette cession est inopposable à la société, qui ne connaît que le cédant, toute notification est inutile en ce qui la concerne.

Mais l'acceptation ou la notification sont indispensables, au contraire, vis-à-vis des tiers, vis-à-vis d'un second cessionnaire, par exemple, pour approprier à son respect le premier cessionnaire.

259. — Le second principe écrit dans l'article 1861 est que, si l'associé ne peut associer personne à la société sans le consentement de ses associés, il a le droit « de s'associer « une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la « société. »

Ces deux solutions ne sont nullement contradictoires : l'associé ne peut associer un tiers à la société, car il y introduirait ainsi une personne que les autres associés n'ont pas choisie ; au contraire, lorsqu'il s'associe un tiers à lui-même, il cède tout ou partie des avantages que la société peut lui procurer, mais le tiers reste étranger aux opérations de la société, et les autres associés ne peuvent se plaindre d'une convention qui ne crée vis-à-vis d'eux aucun lien.

Ulpien exprime très bien cette situation, dans le texte que nous avons cité plus haut : « *Si socius meus eum admisit, ei soli socius est.* »²

On donne à un tiers le nom de *croupier*, qui indique d'une façon assez heureuse sa situation : l'associé le prend

¹ II, n° 794.

² L. 19, D., *Pro socio* (XVII, II).

en croupe et le conduit avec lui, mais il n'a pas de cheval qui lui appartienne.

260. — Quelle est la nature de cette convention entre l'associé et le tiers ?

D'après M. Duvergier, il n'y aurait entre eux ni société ni vente, mais seulement une communauté :

« Même lorsque la cession est faite à titre onéreux, dit-il, n'est-il pas vrai qu'il n'y a point d'apport fourni par chacun des contractants, et point de chose commune formée par leur réunion ? Cela paraît incontestable ; car la somme d'argent que paie le cessionnaire entre dans la caisse du cédant, devient sa propriété personnelle ; elle n'est donc pas la mise du cessionnaire. Lorsque la cession a lieu à titre gratuit, il n'y a même plus l'apparence d'apport.

... « Selon le droit commun, et à moins de convention opposée, chaque associé a l'administration des choses qui composent le fonds social : or le cessionnaire, qu'on voudrait convertir en associé, doit rester complètement étranger à la gestion. En outre, il ne peut pas user, comme un associé, des choses qui dépendent de la société. Enfin, sa mort ou sa déconfiture ne mettrait pas fin aux rapports établis entre lui et son cédant, car celui-ci ne pourrait être contraint à rendre tout ou partie du prix qu'il aurait reçu, encore moins à faire un partage qui est impossible tant que dure la société principale. Il n'y a donc pas une seconde société constituée à côté de la première ; il y a seulement communauté entre le tiers et l'associé, qui lui a vendu ou donné une partie de ses droits. »¹

Nous croyons qu'il faut repousser cette théorie, et décider que la convention a le caractère d'une société, si l'associé n'a substitué le tiers à ses droits que pour partie, et le caractère d'une vente si la cession est totale.

¹ *Du Contrat de Société*, n° 375.

Dans le premier cas, disons-nous, il y a une véritable société entre l'associé et le tiers.

La tradition historique est en ce sens : « *Qui admittitur socius, ei tantum socius est, qui admisit* », disait la loi Romaine.¹ Nos anciens auteurs qualifient aussi cette convention de société, et appellent associé le tiers avec lequel l'associé a traité... « Ce qui sera entre eux *une autre société* séparée de la première, dit Domat. »² Pothier s'exprime de la même façon : « ... Ce tiers sera *mon* associé « à la part que j'ai dans la société que nous avons conclue ensemble. »³

C'est aussi ce qui résulte des expressions de l'article 1864 : « Chaque associé peut... *s'associer* une tierce personne. »

D'un autre côté, les éléments du contrat d'association nous paraissent réunis : il y a un apport réciproque, et la volonté de partager le gain revenant à l'associé dans les opérations de la société. Il est vrai que ces apports ne sont pas confondus en une seule masse, que l'apport de l'un est sa mise dans la société, et l'apport de l'autre la somme qu'il donne pour être associé à la part de l'associé ; il est vrai encore que cette société est d'un genre particulier, que le tiers n'aura pas le droit de contrôler les opérations de la société, ni de se servir des choses sociales, etc... Mais ces différences, qui ne sont qu'accessoires, laissent subsister le caractère essentiel de la société, la mise d'une chose en commun pour partager le bénéfice qui pourra en résulter : l'apport du tiers viendra compléter l'apport de l'associé dans la société, et le bénéfice afférent à la part de l'associé sera réparti entre eux.⁴

Si au contraire l'associé a cédé au tiers toute sa part, le contrat n'est plus une société, mais une vente. Dans cette

¹ L. 19, D., *Pro socio* (XVII, II).

² *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section II, § 5.

³ *Du Contrat de Société*, n° 91.

⁴ Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 757 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 618-619 ; Laurent, XXVI, n° 337.

hypothèse en effet, le tiers et l'associé ne mettent rien en commun et n'auront rien à partager : le tiers acquiert, moyennant un prix, tous les droits que l'associé peut exercer dans la société, et cette cession par l'associé constitue une véritable vente.¹

261. — La distinction que nous venons de faire dans le caractère de l'acte intervenu entre le tiers et l'associé, suivant que le tiers acquiert tous les droits, ou seulement une partie des droits de l'associé, va amener une différence importante quant aux formalités à accomplir pour que la cession soit parfaite.

Si l'associé cède tous ses droits au tiers, le contrat est une vente, avons-nous dit : il devra donc être soumis à la formalité de l'acceptation ou de la signification prévues par l'article 1690, si parmi les choses dans lesquelles l'associé a cédé ses droits se trouvent des créances.

Si au contraire la cession n'est que partielle, et que l'on admette avec nous que le contrat est une société, on devra décider qu'il est inutile de remplir les formalités de l'article 1690, conformément à la théorie que nous avons exposée sur l'inapplicabilité de l'article 1690 à la société.²

262. — Le croupier est étranger à la société, dans laquelle il n'entre pas.

Il suit de là, comme l'enseignait Pothier, que si le tiers a causé par sa faute quelque dommage à la société, les associés n'ont pas d'action directe contre lui pour obtenir la réparation de ce dommage, mais seulement une action contre leur associé, qui a commis la faute de mêler ce tiers aux opérations de la société : sauf à l'associé à se retourner contre le croupier, et à se faire garantir par lui des condamnations qui pourraient être prononcées au profit des associés.³

¹ Pont, *Op. et Loc. citat.*

² *Suprà*, n° 258. — *Compar.* Troplong, *Du Contrat de Société*, n° 766 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 637 et 638. — *Adde*, Bordeaux, 5 août 1868, Sirey, 69, II, 77, et Dalloz, 69, II, 111.

³ *Du Contrat de Société*, n° 93.

Par le même motif, les associés ne peuvent agir contre le croupier pour exiger de lui, par voie d'action directe, qu'il contribue au paiement des dettes de la société. Mais ils ont le droit d'agir contre lui du chef de l'associé avec lequel il a contracté, et cela en exerçant les droits et actions de celui-ci, par application de l'article 1166.¹

263. — Dans ses rapports avec l'associé avec lequel il a traité, le croupier sera considéré soit comme un acheteur, soit comme un associé, suivant qu'il aura acquis toute la part de l'associé, ou seulement une portion de ses droits.

Dans le premier cas, il profitera de tous les avantages dont l'associé aurait profité, mais, à l'inverse, il sera tenu de toutes ses obligations. C'est ainsi qu'il devra répondre des pertes causées à son cédant par suite de l'insolvabilité des associés de celui-ci, ou par suite de la solidarité qui existerait entre lui et ses co-associés.²

Dans le second cas, il ne participera aux avantages, et il ne supportera les pertes de l'associé, que proportionnellement à la part qu'il prend dans les droits de celui-ci.

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 763 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 634 ; Laurent, XXVI, n° 338.

² Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 762 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 380 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 627-628.

CHAPITRE VI

DES OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS VIS-A-VIS DES TIERS.

264. — M. Boutteville, dans son *Rapport au Tribunal*, expose dans les termes suivants les principes du Code civil sur les obligations des associés vis-à-vis des tiers :

« Les sociétés de commerce soumettent les associés à
« des obligations étendues et rigoureuses envers les tiers...
« Les règles qui concernent les sociétés étrangères au com-
« merce, moins étendues, moins sévères, se trouvent ren-
« fermées dans ces deux notions fort simples : qu'il n'y a
« jamais solidarité dans les obligations qu'en conséquence
« d'une stipulation expresse ; que toute convention ne lie
« que ceux qui l'ont formée, et qu'ils sont seuls présumés
« légalement en connaître les conditions. Il n'y a donc pas
« solidarité entre associés dans les sociétés étrangères au
« commerce. L'obligation d'un seul n'engage pas les au-
« tres, s'il n'en a reçu de ses associés expressément le
« pouvoir. »¹

Pour étudier ces règles sur les obligations des associés, nous devons rechercher d'abord dans quels cas les associés sont tenus par les dettes contractées par l'un d'entre eux, puis dans quelle mesure chaque associé en est tenu, lorsque la dette pèse sur lui.

¹ Fenet, XIV, p. 413.

265. — Il faut distinguer plusieurs hypothèses, pour savoir dans quels cas l'un des associés peut engager les autres associés.

Supposons d'abord que l'un des associés, qui n'est point administrateur, traite en son nom personnel, et non en celui de la société : alors l'engagement qu'il a pris ne lie que lui, et ne peut obliger en rien les autres associés.

« Lorsque c'est en son nom seul, disait Pothier, que l'un
« des associés a contracté, il n'est pas douteux en ce cas
« qu'il est seul obligé envers le créancier avec qui il a con-
« tracté ; sauf à lui à se faire indemniser de cette dette par
« ses associés pour la part qu'ils en doivent porter, lors-
« qu'elle a tourné au profit de la société. »¹

Tout le monde reconnaît que l'engagement pris par l'associé en son nom personnel ne lie que lui, lorsqu'il n'a pas profité à la société ;² mais, s'il a tourné à son profit, une opinion soutient, contrairement à l'avis de Pothier, que les autres associés sont tenus par l'action *de in rem verso*, dans la mesure du profit que la société en a retiré :

« ...Si les associés, dit M. Duvergier, sont liés envers les
« tiers par l'engagement de leur co-associé, ce n'est point
« parce que celui-ci a déclaré qu'il agissait pour le compte
« de la société, mais bien parce que la société a profité de
« l'engagement, et qu'elle est toujours censée avoir donné
« pouvoir de l'enrichir. Ne serait-il pas singulier que la
« société fût tenue différemment envers les tiers, selon le
« langage qu'aurait employé, en contractant, un de ses
« membres qui n'a pas le pouvoir de l'obliger. »³

Nous estimons que cette opinion doit être rejetée, par les motifs suivants.

¹ *Du Contrat de Société*, n° 105.

² Aubry et Rau, IV, § 383, texte et note 2, p. 564-565 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 641 ; Laurent, XXVI, n° 343. — *Compar.* Cassation, 16 novembre 1870, Dalloz, 70, I, 350.

³ *Du Contrat de Société*, n° 404. — *Sic*, Merlin, QUESTIONS DE DROIT, v° *Société*, § 2 ; Duranton, XVII, n° 449.

Elle n'était point admise dans notre ancien droit, comme le prouve le passage de Pothier que nous venons de citer ; et il nous semble que l'article 1864 ne la repousse pas moins nettement, lorsqu'il porte que l'obligation contractée « pour le compte de la société » ne lie que l'associé contractant, à moins que les autres associés ne lui aient donné pouvoir ou que « la chose n'ait tourné au profit de la société » : ne résulte-t-il pas par un argument à *contrario* de ce texte que, si l'engagement n'a pas été contracté pour le compte de la société, il ne lie que l'associé contractant ?

Cette solution nous paraît logique : l'associé qui n'est point administrateur et qui traite en son nom personnel avec un tiers n'a eu l'intention d'obliger que lui, et le tiers créancier n'a compté, lui aussi, que sur un seul débiteur, la personne qui s'engageait envers lui en son nom personnel. Si le bénéfice de l'engagement contracté tourne au profit de la société, il arrivera alors l'une ou l'autre des conséquences suivantes : ou l'associé, qui a fait obtenir à la société le profit de son marché personnel, n'a fait qu'accomplir une obligation qui lui incombait en vertu de ses engagements vis-à-vis de la société, et alors il n'aura aucun principe d'action contre les autres associés ;¹ ou au contraire l'associé n'avait aucune obligation à remplir vis-à-vis de la société.

Dans cette dernière hypothèse, l'associé a géré l'affaire de la société, il aura donc action contre les autres associés à concurrence du profit que la société a retiré de l'opération. Quant au tiers créancier, s'il n'a pas d'action *directe* contre les associés dans la limite de leur enrichissement, il pourra néanmoins agir contre eux du chef de l'associé qui a traité avec lui, en vertu de la subrogation de l'article 1166 : mais cette action indirecte sera loin de lui procurer

¹ Cassation, 13 mai 1835, Sirey, 35, I, 854. — *Compar.* Cassation, 8 juin 1869, Sirey, 69, I, 428.

les mêmes avantages que l'action directe de gestion d'affaires, puisque, d'un côté, cette action n'appartiendra pas à lui seul, mais à tous les créanciers de l'associé, et que, d'un autre côté, son action sera paralysée par toutes les exceptions qui pourraient être opposées à l'associé lui-même.¹

266. — La seconde hypothèse est celle dans laquelle l'associé, agissant en qualité d'administrateur de la société, a contracté non plus en son nom personnel, mais au nom de la société.

L'effet de ces engagements est alors régi par les articles 1862, 1864 et 1998. Il résulte de ces textes que si l'associé a agi dans la limite des pouvoirs que lui donne l'acte de société, ou, à défaut d'acte de société, l'article 1859, les autres associés seront obligés au paiement des dettes par lui contractées. Il en sera de même si, au lieu d'agir en vertu des pouvoirs généraux qu'il tient de sa qualité de gérant, l'associé s'est engagé en vertu d'un mandat spécial que lui ont donné les autres associés.²

Dans ces diverses hypothèses, l'associé oblige les autres associés et s'oblige lui-même pour sa part, mais il ne s'oblige pas personnellement au paiement de toute la dette qu'il a contractée ; il n'en serait différemment que s'il n'avait pas indiqué au tiers avec lequel il a contracté en quelle qualité il traitait, auquel cas il serait personnellement tenu

¹ Cassation, 12 mars 1850, Sirey, 50, I, 257, et Dalloz, 50, I, 86 ; Cassation, 16 février 1853, Sirey, 53, I, 209, et Dalloz, 56, I, 47 ; Aix, 10 mars 1854, Sirey, 55, II, 245. — Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 772 et suiv. ; Delamarre et Le Poitvin, *Du Contrat de Commission*, II, n° 250 ; Aubry et Rau, IV, § 383, texte et note 2, p. 564-565 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 651-652 ; Laurent, XXVI, n° 347.

² Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 807 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 385 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 647 ; Laurent, XXVI, n° 344. — *Compar.* Cassation, 27 novembre 1861, Sirey, 63, I, 188, et Dalloz, 62, I, 483.

de la totalité de l'engagement, par application du principe écrit pour tout mandataire dans l'article 1997.¹

266 I. — Le troisième et dernier cas dans lequel les associés peuvent être engagés par le fait de l'un d'eux est celui où l'associé a agi sans mandat, ou en dépassant les limites de son mandat, mais en contractant au nom de la société ; si l'opération ainsi faite a profité à la société, les autres associés seront tenus dans la limite du profit qu'elle en a retiré. C'est la solution donnée par l'article 1864, aux termes duquel la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant, à moins que les autres associés ne lui aient donné pouvoir, ou que « *la chose n'ait tourné au profit de la société.* »

L'action directe *de in rem verso* existera donc au profit des tiers contre tous les associés, nous dirons tout à l'heure dans quelle proportion, à concurrence de l'enrichissement de la société, soit que l'associé contractant ait agi sans mandat, soit qu'il ait dépassé les limites de son mandat.²

Est-ce une dérogation aux principes généraux du droit ? La question est controversée : M. Laurent enseigne la négative,³ M. Pont, l'affirmative.⁴ Nous croyons que cette dernière opinion est préférable : en effet, l'article 1998 décide que le mandant n'est tenu de ce qui a été fait par le mandataire, au delà des limites de son mandat, que s'il l'a ratifié expressément ou tacitement, tandis que l'article 1864 déclare ces actes obligatoires dans la mesure de l'enrichissement de la société, et en dehors de toute ratification expresse ou tacite.

267. — Dans quelle mesure les associés sont-ils tenus des engagements contractés par l'un d'eux, dans les deux hypothèses que nous venons d'examiner, dans le cas de

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 646 ; Laurent, XXVI, n° 345.

² Bordeaux, 11 avril 1845, Sirey, 46, II, 315, et Dalloz, 45, IV, 482 ; Cassation, 7 juillet 1868, Sirey, 68, I, 357, et Dalloz, 69, I, 319.

³ XXVI, n° 346.

⁴ *Du Contrat de Société*, n° 648.

mandat et dans le cas d'enrichissement de la société ? Les articles 1862 et 1863 répondent à cette question en décidant, le premier, qu'il n'y a pas solidarité entre les associés, dans les sociétés civiles, et le second, que les dettes se divisent entre les associés par parts égales, quel que soit leur intérêt dans la société.

Nous dirons d'abord qu'il n'y a pas solidarité entre les associés, et que chacun n'est tenu que pour la part que la loi met à sa charge.¹ Cette décision de l'article 1862 est empruntée à notre ancien droit. Pothier explique que la solidarité édictée pour les sociétés de commerce par l'ordonnance de 1673, Titre IV, article 7, est fondée « sur la faveur du commerce, afin que les marchands en société « aient plus de crédit », puis il ajoute :

« Cette solidité étant une exception au droit commun, et « étant fondée sur une raison qui est particulière aux sociétés de commerce, ne doit pas s'étendre aux autres ; « et lorsque deux associés, qui ne le sont pas pour un « commerce, contractent, quoique pour les affaires de « leur société, ils ne s'obligent pas solidairement envers « le créancier, mais seulement chacun pour sa part, à « moins que la solidité ne soit exprimée. »²

Toutefois si l'obligation contractée par les associés pouvait être considérée comme indivisible, eu égard à la nature de la société et au caractère de l'engagement par eux pris, ils seraient tenus non pas solidairement, mais d'une manière indivisible. Ce caractère de leur obligation naît alors non pas de ce qu'ils sont associés, mais de ce que leur obligation est indivisible, ce qui peut avoir lieu en toute sorte de contrats.³

268. — En second lieu, nous disons que les dettes qui grèvent la société se divisent entre les associés, non pas

¹ Cassation, 7 avril 1886, Sirey, 89, I, 463.

² *Du Contrat de Société*, n° 103.

³ Bruxelles, 28 novembre 1806, Sirey, c. n., II, II, 177; Cassation, 10 décembre 1845, Sirey, 46, I, 623. — Laurent, XXVI, n° 350.

d'après leur intérêt dans la société, mais par parts égales.

Cette solution de l'article 1863 était aussi celle de notre ancien droit : « Il faut dire que lorsque les associés ne s'en
« sont pas expliqués, disait Pothier, ils sont tenus pour
« leur part virile, le créancier avec qui ils ont contracté
« n'étant pas obligé de savoir quelle part ils ont chacun
« dans leur société. »¹

M. Boutteville, dans son *Rapport au Tribunat*, donne le même motif que Pothier :

« Le tiers qui contracte avec les associés, toujours censé
« ignorer leurs conventions particulières, peut demander
« à chacun d'eux une part égale de sa créance, à moins
« qu'il n'ait été averti par la convention même que l'un des
« associés avait une part moindre que les autres, et qu'il
« n'entendait s'engager qu'en proportion de sa part. »²

Il faut donc, suivant les expressions de l'article 1863, que l'acte d'obligation ait « spécialement restreint » l'engagement d'un ou de plusieurs associés, pour que le créancier ne puisse pas les poursuivre pour leur part virile. La connaissance que le tiers aurait eue de l'acte de société, qui fixe dans des proportions inégales la part de chaque associé, ne suffirait pas pour limiter le droit de ce tiers : du moment où les associés n'ont pas rappelé cette inégalité d'une manière spéciale dans l'acte d'obligation, le créancier a pu croire qu'ils entendaient y déroger en ce qui le concernait ; dans tous les cas la loi n'admet d'autre preuve, en cette matière, que celle qui résulte des mentions expresses de l'acte par lequel la société s'est obligée.³

Nous avons développé cette idée dans le chapitre précédent, en traitant une question voisine de celle que nous examinons, la question de savoir si la clause des statuts, qui permet à l'associé de se dégager de ses obligations en

¹ *Du Contrat de Société*, n° 104.

² Fenet, XIV, p. 413.

³ Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 391 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 661 ; Laurent, XXVI, n° 352.

cédant sa part d'intérêt dans la société, est opposable aux tiers auxquels elle n'a pas été spécialement dénoncée.¹

Les raisons de décider sont les mêmes pour la clause qui répartit inégalement les dettes entre les associés : les tiers ont, comme le dit très bien la Cour de cassation, « le droit « de compter sur la responsabilité personnelle des associés « établie par la loi », à moins qu'ils ne se soient départis par une convention expresse des avantages que la loi stipule en leur faveur.²

M. Laurent fait remarquer avec raison, à ce propos, que cette disposition de l'article 1863 crée une différence entre la société civile et la communauté de biens entre époux, qui est pourtant, elle aussi, une espèce de société ; et, tandis que les clauses du contrat de société ne sont pas opposables aux tiers, si elles ne sont pas spécialement rappelées dans l'acte par lequel les associés ont traité avec eux, les clauses du contrat de mariage qui diminuent la capacité de la femme ou limitent les pouvoirs du mari sont opposables à tous, sans qu'il y ait besoin de les rappeler dans l'acte. La raison de cette différence est dans le caractère spécial du contrat de mariage : ce contrat est la loi de la famille et des tiers qui seront appelés à traiter avec elle au cours du mariage, tandis que l'acte de société civile n'est qu'une convention privée, et, si cette convention déroge au droit commun, elle n'est pas opposable à ceux à la connaissance desquels elle n'a pas été spécialement portée.

269. — L'article 1863, qui répartit également entre les associés le montant des dettes sociales, ne doit pas être appliqué aux dettes qui n'ont d'autre cause que l'enrichissement procuré à la société. Cette catégorie de dettes est régie non par l'article 1863, mais par l'article 1864, qui décide que les associés ne sont tenus que si la chose a tour-

¹ *Suprà*, n° 255.

² Douai, 23 mars 1878, Sirey, 78, II, 305, et Dalloz, 79, II, 109 ; Bruxelles, 2 février 1882, Dalloz, 83, II, 1 ; Cassation, 21 février 1883, Dalloz, 83, I, 217.

né au profit de la société. La société civile n'ayant point de personnalité juridique, du moins dans la théorie que nous avons adoptée, l'expression *société* équivaut au mot *associés*, et ce texte signifie que les associés ne sont tenus de l'engagement contracté par l'un d'eux, sans mandat, que dans la mesure où chacun en a profité : au delà de cette mesure, il n'y a plus de principe d'obligation et par suite il n'y a plus d'action contre les associés.¹

270. — Si les associés ont donné à la société civile contractée entre eux une forme commerciale, les principes que nous venons d'exposer vont être modifiés en ce sens que, si la société est une société en nom collectif, les associés seront tenus solidairement envers les tiers, par application de l'article 22 du Code de commerce. En adoptant la forme de la société en nom collectif, les associés ont annoncé aux tiers qu'ils s'obligeaient solidairement vis-à-vis d'eux, et le caractère civil ou commercial de la société ne peut modifier l'étendue de leur obligation.²

271. — Il nous reste, pour terminer l'étude des obligations des associés vis-à-vis des tiers, à examiner les droits qui appartiennent soit aux créanciers personnels des associés, soit aux créanciers de la société.

Les créanciers personnels des associés ont pour gage tous les biens qui appartiennent à ceux-ci : ils ont donc des droits aussi bien sur la part de leur débiteur dans la société que sur les autres biens qui forment son patrimoine. Mais ils ne peuvent exercer ces droits de la même manière, et avec la même énergie, que sur les autres biens de leur débiteur : ayants cause de l'un des associés, ils doivent respecter les stipulations de l'acte de société qui les lie au

¹ Cassation, 18 mars 1824, Sirey, c. n., VII, I, 417. — Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 820 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 402 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 659 ; Laurent, XXVI, n° 353.

² Aix, 4 juin 1868, Dalloz, 69, II, 242. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 655 ; Laurent, XXVI, n° 350.

même titre que l'associé dont ils tiennent leurs droits, et ils ne peuvent, par leurs poursuites, empêcher le fonctionnement de la société ni porter atteinte aux droits des autres associés.

Cela est vrai même dans la théorie que nous avons adoptée, et qui refuse la personnalité juridique aux sociétés civiles : dans notre théorie, les associés sont co-propriétaires de l'actif social, mais l'exercice de leur droit de co-propriété est limité, pendant la durée de la société, par le but de la société et les stipulations de l'acte qui la constitue ; et ils ne peuvent, tant que vit la société, ni faire entrer un tiers dans la société à leur place, ainsi que nous l'avons vu,¹ ni provoquer le partage du fonds social.²

Les mêmes limites doivent être apportées au droit de leurs créanciers : sans doute tous les biens d'un débiteur forment le gage de ses créanciers, aux termes de l'article 2093, mais le créancier n'a sur les biens de son débiteur que les droits que celui-ci pouvait exercer. On trouve dans l'article 2205 un exemple de cette limitation des droits du créancier : un débiteur recueille pour partie une succession, et ses créanciers ont sur la part indivise, à laquelle il est appelé, les mêmes droits que sur le reste de son patrimoine ; mais l'article 2205 décide qu'ils ne peuvent saisir et vendre sa part indivise dans les immeubles héréditaires, avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer, s'ils le jugent convenable.

De même, dans les sociétés civiles, le créancier personnel de l'un des associés ne peut saisir et faire vendre, pendant la durée de la société, la part indivise de son débiteur dans tel ou tel bien social.³ Il ne peut non plus, tant que la société n'est pas dissoute, provoquer le partage des biens sociaux, et son seul droit consiste à faire saisir et vendre la part de son débiteur.

¹ *Suprà*, n° 254.

² Cassation, 5 juillet 1825, Sirey, c. n., VIII, I, 150.

³ Paris, 10 juin 1869, Dalloz, 70, I, 304.

« Attendu, dit très bien un jugement du tribunal de la
 « Seine, que l'intérêt de D. . . père, dans la société de la
 « ferme des jeux, constitue un droit incorporel qui fait par-
 « tie des biens de la succession dudit D. . . , que par con-
 « séquent les héritiers X. . . , en leur qualité de créanciers,
 « ont été fondés à en opérer la saisie et à en provoquer la
 « vente ; attendu que cette vente ne peut porter atteinte aux
 « stipulations de l'article 14 de l'acte de société ; qu'elle
 « doit avoir pour effet, *non pas d'introduire des étrangers*
 « *dans la société*, mais seulement de conférer à l'adjudica-
 « taire le droit d'exiger la reddition de compte de l'entre-
 « prise à la fin de chaque année, comme l'auraient fait les
 « héritiers D. . . eux-mêmes. »¹

L'acquéreur de cette part n'aura que les droits d'un croupier ; pas plus que celui-ci, il ne pourra s'immiscer dans les opérations de la société, et il devra attendre la dissolution de la société pour demander la liquidation et le partage des biens qui la composent.²

On s'est demandé toutefois si l'adjudicataire de la part d'intérêt de l'un des associés ne pourrait pas provoquer la liquidation et le partage des biens de la société, au cas de déconfiture de cet associé : nous nous bornons à signaler en ce moment la question, que nous discuterons en étudiant l'article 1865 dans la quatrième partie de ce Traité, *Des différentes manières dont la société prend fin*.

272. — Quels sont donc les droits des créanciers de la société ? Dans la théorie que nous croyons être celle du Code, la société civile ne constituant pas une personne morale, les créanciers de la société sont en même temps créanciers personnels des associés, ou plutôt il n'y a, au point de vue du patrimoine des associés, que des créanciers personnels.

¹ Trib. de la Seine, 12 juin 1834, Sirey, 34, II, 674.

² Cassation, 11 mars 1806, Sirey, c. n., II, I, 222 ; Paris, 13 août 1834, Sirey, 34, II, 674 ; Alger, 11 juin 1866, Sirey, 67, II, 46. — Aubry et Rau, IV, § 381 *bis*, texte et notes 2 et 5, p. 559-561 ; Laurent, XXVI, n° 354-356.

Les créanciers qui ont traité à propos des affaires sociales, et ceux qui ont traité à propos des affaires personnelles des associés sont, les uns comme les autres, créanciers personnels des associés : ils ont sur le patrimoine de ceux-ci des droits égaux, et le prix s'en distribuera entre eux par concurrence, conformément à la règle générale de l'article 2093.

Il semble que la règle devrait être la même à propos du patrimoine de la société, et que les uns comme les autres, créanciers personnels et créanciers de la société, devraient avoir les mêmes droits sur les biens sociaux, qui ne sont qu'une catégorie des biens des associés.

Mais il y a au moins deux différences, certaines et importantes, entre les créanciers de ces deux catégories.

En premier lieu, en effet, les créanciers personnels d'un associé n'ont de droits sur les biens de la société que du chef de leur débiteur, et, par exemple, s'ils pratiquent une saisie-arrêt sur une créance sociale, cette saisie-arrêt ne pourra pas préjudicier aux droits des autres associés sur la créance saisie-arrêtée.¹ Les créanciers de la société au contraire ont pour gage tous les biens composant le patrimoine social, et, s'ils conduisent une saisie-arrêt, elle frappera toute la créance saisie-arrêtée.

En second lieu, les créanciers personnels de l'un des associés ne peuvent, comme nous venons de le dire, saisir et exproprier au cours de la société la part de leur débiteur dans le patrimoine social. Au contraire, les créanciers de la société ont une action immédiate sur les biens de la société, et ils peuvent poursuivre le remboursement de leurs créances sur ces biens dès qu'elles sont arrivées à échéance, et sans attendre la dissolution de la société.

273. — Ces différences étant établies, faut-il en conclure que les créanciers de la société ont *un droit de préférence* sur les biens de la société, à l'encontre des créanciers personnels des associés ?

¹ Cassation, *Arrêt précité* du 11 mars 1806.

Cette question est tranchée, dans le droit Espagnol, par l'article 1699 du Code civil de 1889, lequel est ainsi conçu :
 « Les créanciers de la société sont préférés, sur les biens sociaux, aux créanciers personnels de chaque associé, sans préjudice du droit pour ceux-ci de demander la saisie et la vente aux enchères de la part de leur débiteur dans l'avoir social. »¹

Dans notre droit français, la question est très controversée.

Pour ceux qui pensent que la société constitue une personne civile, l'affirmative n'est pas douteuse :

« Une foule de textes, dit M. Duvergier, supposent que la société a des biens distincts et séparés de ceux des associés ; d'où il suit invinciblement que ses créanciers ont sur ces biens un droit que personne ne peut ni contester, ni partager avec eux. Comme d'ailleurs il n'est pas douteux, et les textes ne sont pas moins clairs à cet égard, que chaque associé est débiteur direct et personnel, pour une part égale, des créanciers de la société, il faut absolument conclure que tout créancier de la société a droit d'exiger son paiement et sur les biens sociaux et sur les biens des associés, sans qu'il y ait réciprocité pour les créanciers particuliers de chaque associé. »²

D'autres auteurs, tout en refusant la personnalité juridique aux sociétés civiles, arrivent à la même solution par d'autres moyens :

« Ce qu'on met dans la société, dit M. Demangeat, on le soumet à toutes les éventualités de ses opérations, qu'elles soient heureuses ou malheureuses. Tant que les créanciers ne sont pas désintéressés, les associés ne peuvent rien reprendre de ce qu'ils ont mis dans la société ; tant qu'il n'y a pas de bénéfices, pas d'excédant d'actif, il n'y a pas de partage possible, aucun droit à exercer de la part

¹ Lehr, *Eléments de droit civil Espagnol*, II, p. 305 ; Levé, *Code civil Espagnol*, p. 321.

² Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 406 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 865.

« des associés : dès lors comment leurs créanciers per-
« sonnels en auraient-ils un quelconque ? Et ici revient cette
« observation décisive qu'avant la dissolution de la société
« les créanciers sociaux pouvaient faire saisir et vendre
« tout l'actif et se le répartir entre eux : comment perdraient-
« ils ce droit parce que la société est dissoute ? La situation,
« quant à eux, n'est pas changée, que la société soit dis-
« soute ou non. La dissolution influe sur l'avenir, non sur
« les faits accomplis, sur les droits acquis. Ainsi, sans
« parler de la personnalité ou de l'impersonnalité des so-
« ciétés civiles, mais en s'attachant à la nature du contrat
« dont il s'agit, à ses moyens d'action, à son but, on arrive
« au même résultat, à ce résultat que les choses mises
« dans la société sont pour elle des moyens d'action, sont
« destinées à être les aliments d'opérations heureuses ou
« malheureuses, et, dans l'un comme dans l'autre cas,
« sont affectées spécialement, exclusivement, à faire face
« à ces opérations, à les solder, à les liquider. Si donc
« l'actif est absorbé par le passif, les associés ne peuvent
« disputer aucune portion de l'actif aux créanciers de la
« société ; et ce qu'ils ne seraient pas recevables à faire,
« leurs créanciers particuliers ne le sont pas davantage. »¹

« Le Code ne connaît pas, dit aussi M. Laurent, de créan-
« cier de la société, il ne connaît que des créanciers des
« associés ; il ne fait aucune distinction entre ceux qui
« traitent avec la société et ceux qui traitent avec un asso-
« cié ; tous sont également des créanciers personnels des
« associés, tous doivent donc avoir les mêmes droits ; si
« les créanciers de la société ont pour gage le patrimoine
« social et le patrimoine propre des associés, les créanciers
« des associés ont pour gage les mêmes patrimoines.
« Seulement il y a une différence. Les créanciers des asso-
« ciés ne peuvent pas saisir les biens sociaux, tandis que

¹ Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commer-
cial*, I, p. 176.

« les créanciers sociaux ont ce droit. Dira-t-on que de là
 « résulte précisément le droit de préférence des créanciers
 « sociaux, au moins pendant la durée de la société ? En
 « apparence, oui ; en réalité, non. Supposons que les
 « créanciers sociaux saisissent les biens de la société et
 « les fassent vendre ; auront-ils un droit exclusif sur les
 « deniers provenant de la vente ? Non, les créanciers des
 « associés se présenteront à la distribution, et ils seront
 « colloqués. Pourquoi les admettons-nous à la contribu-
 « tion, alors que nous ne leur permettons pas la poursuite ?
 « Parce que le motif pour lequel ils ne pouvaient agir sur
 « les biens sociaux vient à cesser, une fois que les biens
 « se distribuent entre les créanciers. S'il n'y a plus rien
 « d'indivis entre les associés, puisque les biens indivis sont
 « vendus, les deniers appartiennent aux créanciers ; or,
 « parmi ces créanciers se trouvent les créanciers des asso-
 « ciés. Les exclure, c'est leur enlever une partie de leur
 « gage, car une partie des biens vendus appartenait à l'as-
 « socié, leur débiteur ; de quel droit les créanciers sociaux
 « les priveraient-ils de ce gage que la loi leur donne ! »¹

Un troisième système, que pour notre part nous adop-
 tons, fait une distinction suivant que la société est dissoute
 ou qu'elle ne l'est pas ; et il accorde aux créanciers de la
 société, dans la première période, un droit de préférence
 qu'il leur refuse dans la seconde.

Tant que la société vit, il nous paraît impossible d'ad-
 mettre le concours des créanciers personnels des associés
 avec les créanciers de la société. Ceux-ci ont seuls le droit,
 tout le monde le reconnaît, de faire saisir et vendre les
 biens de la société ; d'un autre côté, on admet encore unani-
 mement ce principe que ni les associés, ni par conséquent
 leurs créanciers, qui n'ont d'autres droits que les leurs, ne
 peuvent entraver le fonctionnement de la société. Com-

¹ XXVI, n° 360. — *Sic* Aubry et Rau, IV, § 383, texte et note 7,
 p. 566-567.

ment, dès lors, autoriser les créanciers des associés à concourir avec les créanciers de la société sur le prix des biens vendus à la requête de ceux-ci? Ils viendront par contribution, au prorata de leurs créances, dit M. Laurent : mais ce concours, qui va empêcher le paiement intégral des créanciers de la société, va provoquer de leur part de nouvelles poursuites et l'expropriation de nouveaux biens de la société, de sorte que les créanciers personnels des associés vont arriver indirectement à obtenir ce qu'ils ne peuvent poursuivre directement, l'expropriation des biens de la société. D'un autre côté, puisqu'ils n'ont pas de droit sur les biens de la société tant qu'elle dure, puisqu'ils sont liés par le pacte social comme l'associé leur débiteur, ils ne peuvent pas enlever à leur profit une portion quelconque du patrimoine social, et entraver ainsi les opérations de la société.

Au contraire, une fois la société dissoute, leur situation va changer. L'entrave que l'existence de la société apportait à l'exercice de leur droit a disparu, les biens qui formaient le patrimoine social sont de libre disposition, et, comme la société ne constitue pas un être moral, ces biens sont réunis au patrimoine des associés pour y devenir le gage commun de tous leurs créanciers. Il importe peu, à ce moment, que ces créanciers soient des créanciers de la société ou des créanciers des associés : les uns comme les autres ne sont plus que des créanciers personnels des associés, gouvernés par le principe de l'égalité entre créanciers écrit dans l'article 2093. Pour qu'il en fût autrement, et pour que les créanciers qui ont traité à l'occasion de la société pussent prétendre à des droits de préférence sur l'ancien patrimoine social, il faudrait un texte pour leur donner cette préférence, comme les articles 878 et 2144 qui créent la séparation des patrimoines au profit des créanciers de la succession. Mais il n'existe aucun texte de ce genre ni au titre *Des sociétés*, ni au titre *Des privilèges et hypothèques*, et nous en concluons que tous ces créanciers ont les mêmes

droits et doivent venir par concurrence sur le patrimoine entier de leurs débiteurs, patrimoine composé de leurs biens personnels et de leur part dans les biens de la société.¹

274. — Les principes que nous venons de poser, à propos du concours des créanciers de la société et des créanciers personnels des associés, vont nous servir à résoudre une dernière question qui est, elle aussi, très controversée.

On s'est demandé, en effet, si la compensation pouvait se produire entre la créance d'une personne sur la société, et la dette de cette même personne vis-à-vis de l'un des associés personnellement.

L'opinion qui voit dans la société un être moral répond négativement, et l'argumentation de cette opinion est très simple. Puisque la société constitue un être moral distinct de la personne des associés, l'une des conditions de l'article 1289 n'est pas remplie, les deux mêmes personnes ne sont pas respectivement créancières et débitrices, puisque c'est la société qui est débitrice, et l'associé personnellement qui est créancier.²

Pour M. Laurent au contraire, la compensation doit s'opérer pendant la durée de la société entre cette créance et cette dette. Le savant auteur admet, comme nous l'avons vu, que les créanciers personnels des associés sont créanciers de la société pendant sa durée, ou plutôt que les créanciers personnels de l'associé et les créanciers sociaux ne sont que des créanciers personnels des associés, sauf le droit de poursuite accordé aux uns et refusé aux autres ; il en con-

¹ Thiry, *Des rapports existant dans les sociétés civiles entre les associés et les tiers*, REVUE CRITIQUE, 1855, p. 289 et suiv.; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 666.

² Troplong, *Du Contrat de Société*, n° 79; Larombière, *Des Obligations*, III, article 1291, n° 6; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 381 et suiv.; Demolombe, *Cours de Code civil*, XXVIII, n° 566. — *Compar.* Cassation, 17 décembre 1853, Sirey, 54, I, 701, et Dalloz, 54, I, 25.

clut que le créancier de la société, débiteur personnel d'un associé, est créancier et débiteur de la même personne, à concurrence de la part de l'associé, et que dès lors la compensation s'opère dans cette limite de la part de l'associé.¹

Pour nous, nous croyons, comme dans la question précédente, qu'il faut distinguer deux époques : la durée de la société et sa dissolution. A la dissolution de la société, nous admettons avec M. Laurent que la compensation doit s'opérer entre la dette de la société et la créance de l'associé ; mais, tant que dure la société, nous croyons qu'il y a un obstacle à la compensation, obstacle qui naît de l'existence même de la société.

Nous admettons bien, avec M. Laurent, que le tiers est créancier et débiteur de la même personne, à concurrence de la part de l'associé, puisque nous croyons comme lui qu'il n'y a pas d'être moral, et que les créanciers de la société ne sont, en réalité, que des créanciers personnels des associés. Mais nous avons dit qu'il y avait entre eux cette différence que, pendant la durée de la société, on pouvait payer le créancier social avec le patrimoine de la société, tandis qu'on ne pouvait pas payer ainsi les créanciers personnels des associés, par le motif que ni les associés ni leurs ayants cause ne peuvent entraver le fonctionnement de la société, ni diminuer les ressources consacrées exclusivement à ce fonctionnement. La même raison s'oppose à ce que la dette de l'associé se compense avec la créance de l'associé : la compensation équivaut à un double paiement, et la dette de l'associé ne peut être payée avec les fonds de la société, ce qui rend toute compensation impossible.

Au contraire, dès que la société est dissoute, tout obstacle à la compensation disparaît : la dette de la société et la créance de l'associé existent entre les mêmes personnes, et, comme il n'y a plus de société, comme les dettes de l'as-

¹ XXVI, n° 361.

socié peuvent être payées avec les fonds ayant appartenu à la société, la compensation produira son effet.¹

Observons toutefois que si, dans notre théorie, la compensation est impossible, tant que la société dure, entre la créance de la société et la dette de l'associé, aucun obstacle ne s'oppose à la compensation entre la créance d'un tiers, créancier de la société, et la dette dont ce tiers serait tenu vis-à-vis de la société. Ce tiers aurait le droit de se faire payer de sa créance sur les biens de la société sans attendre la dissolution : on est donc en présence de deux créances de même nature, existant entre les mêmes personnes, pouvant être l'une et l'autre immédiatement recouvrées sur le patrimoine des débiteurs respectifs, et par suite toutes les conditions exigées pour la compensation se trouvent réunies.

¹ Thiry, *Op. citat.*, REVUE CRITIQUE, 1855, p. 300 et suiv.; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 670.

QUATRIÈME PARTIE

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LA SOCIÉTÉ PREND FIN, ET DU PARTAGE DU FONDS SOCIAL.

275. — L'étude de cette dernière partie de notre sujet doit être divisée en deux points : le premier sera consacré à l'explication des articles 1865 à 1871, qui indiquent les différents modes par lesquels la société peut être dissoute, et l'autre à l'examen de l'article 1872, qui renvoie, pour le partage des sociétés, aux règles du partage des successions. De là les deux chapitres suivants :

Chapitre I. — *Des différentes manières dont la société prend fin.*

Chapitre II. — *Du partage du fonds social.*

CHAPITRE PREMIER

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LA SOCIÉTÉ PREND FIN.

276. — La loi Romaine rangeait en quatre groupés les causes de dissolution de la société :

« *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. . . Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione, aut morte. Res vero, cum aut nullæ relinquuntur, aut conditionem mutaverint : neque enim ejus rei, quæ jam nulla sit, quis quàm socius est ; neque ejus, quæ consecratâ publicatave sit. Voluntate destrahitur societas, renuntiatione.*

« *Actione distrahitur, cum aut stipulatione aut judicio mutata sit causa societatis.* »¹

Pothier, auquel l'article 1865 est à peu près littéralement emprunté, énumérait cinq causes de dissolution des sociétés. Voici du reste, en regard l'un de l'autre, le texte de Pothier et celui de l'article 1865 :

CHAPITRE VIII	ARTICLE 1865
<i>Des différentes manières dont finit la société.</i>	
« 438. Ces manières sont	« La société finit :
« l'expiration du temps pour	« 1 ^o Par l'expiration du

¹ L. 63 et 65, D., *Pro socio* (XVII, II).

« lequel elle a été contrac-
 « tée ; — l'extinction de la
 « chose, ou la consumma-
 « tion de la négociation qui
 « en faisait l'objet ; — la
 « mort naturelle ou civile de
 « l'un des associés ; — sa
 « faillite ; — enfin la volonté
 « de n'être plus en société. »¹

« temps pour lequel elle a
 « été contractée ;
 « 2° Par l'extinction de la
 « chose ou la consommation
 « de la négociation ;
 « 3° Par la mort naturelle
 « de quelqu'un des associés ;
 « 4° Par la mort civile,
 « l'interdiction ou la décon-
 « fiture de l'un d'eux ;
 « 5° Par la volonté qu'un
 « seul ou plusieurs expri-
 « ment de n'être plus en so-
 « ciété. »

Comme on le voit par ce rapprochement, les causes de dissolution sont les mêmes sous l'empire du Code civil que dans notre ancien droit, l'article 1865 se bornant à y ajouter l'interdiction.

Mais la nomenclature de ce texte n'est pas complète, et il y a une cause de dissolution des contrats en général qui s'applique à la société comme aux autres contrats, et que l'article 1865 ne rappelle pas : c'est le *mutuel dissentiment*, la volonté par tous les associés de mettre fin au contrat de société.

D'un autre côté, lorsque la société est contractée pour un temps limité, la simple expression de la volonté de l'un ou de plusieurs des associés ne suffit pas pour amener la dissolution de la société. Cette dissolution ne peut être prononcée par les tribunaux que pour des *causes légitimes*, dont ils devront apprécier la gravité.

On peut, à notre avis, diviser en deux groupes principaux les modes de dissolution de la société sous le Code civil, et dire que la dissolution des sociétés a lieu : 1° de plein

¹ *Du Contrat de Société*, n° 138.

droit ; 2^o par la volonté de l'un des associés ou par une demande en justice.

Dans le premier groupe, celui des causes de dissolution qui opèrent de plein droit, se trouvent l'expiration du temps, l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation, la mort de l'un des associés, enfin son interdiction ou sa déconfiture.

Le second groupe comprend la volonté des associés ou de l'un d'eux, et la demande judiciaire de dissolution.

277. — Les deux catégories de causes de dissolution des sociétés, que nous venons d'indiquer, sont loin d'opérer de la même manière et avec la même énergie.

Lorsque la dissolution de la société a lieu de plein droit, elle opère non seulement sans la volonté, mais malgré la volonté contraire des associés. Ils peuvent bien convenir, malgré l'expiration du temps ou la mort de l'un d'eux, de rester en société, mais ce sera alors une société nouvelle qui se formera entre eux, et la volonté des associés est insuffisante pour prolonger la durée d'une société qui est dissoute par la volonté de la loi. C'est ce que disait la loi Romaine à propos de l'une de ces causes qui opèrent de plein droit, la *cessio bonorum* :

« *Si quis ex sociis, mole debiti prægravatus, bonis suis
« cesserit, et ideò propter publica aut privata debita, subs-
« tantia ejus veneat, solvitur societas ; sed hoc casu, si adhuc
« consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.* »¹

Cette solution doit encore être suivie aujourd'hui, pour les causes qui opèrent la dissolution de plein droit, et les associés qui veulent continuer à vivre en société ne peuvent que faire entre eux une société nouvelle.²

Au contraire, si la dissolution de la société est demandée par l'un des associés, il peut se désister de la demande par lui formée, tant que les tribunaux n'ont pas prononcé, et la

¹ INSTITUT., *De societate*, § 8 (III, XXVI).

² Merlin, QUESTIONS DE DROIT, v^o *Société*, § 9.

société continuera de produire ses effets pour l'avenir, comme si cette demande n'avait pas été formée.

D'un autre côté, lorsque la cause de la dissolution opère de plein droit, la dissolution a lieu au jour où cette cause s'est produite, au jour fixé pour le terme de la société ou au jour de la mort de l'associé. Si la dissolution est judiciaire, elle n'a lieu que du jour du jugement qui la prononce.

Il est donc très important, comme on le voit, de distinguer suivant que la dissolution provient de l'une ou de l'autre des deux espèces de modes de dissolution que nous venons d'indiquer.¹

278. — Il résulte des explications que nous venons de donner au numéro précédent, que l'étude de ce chapitre doit être divisée en deux parties :

- I. — *Des cas dans lesquels la société se dissout de plein droit ;*
- II. — *Des cas dans lesquels la dissolution de la société n'a pas lieu de plein droit.*

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 676 ; Laurent, XXVI, n°s 362-363.

SECTION I

Des cas dans lesquels la société se dissout de plein droit.

279. — Les cas dans lesquels la dissolution de la société a lieu de plein droit sont au nombre de quatre. L'article 1865 les énumère, et nous allons les examiner successivement :

§ I. — *De l'expiration du temps pour lequel la société a été contractée ;*

§ II. — *De l'extinction de la chose, ou de la consommation de la négociation ;*

§ III. — *De la mort de l'un des associés ;*

§ IV. — *De l'interdiction ou de la déconfiture de l'un d'eux.*

§ I

De l'expiration du temps pour lequel la société a été contractée.

280. — Les parties sont libres de donner à la société la durée qu'elles veulent, ainsi que nous l'avons dit en étudiant l'article 1844.¹ Elles peuvent même contracter valablement une société sans en fixer la durée, et nous avons vu que dans ce cas la société durait pendant toute la vie des associés, ou, si la société est contractée en vue d'une

¹ *Suprà*, n° 119.

affaire dont la durée est limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire ; mais l'article 1869 apporte une restriction à ces principes, et, si la société a une durée illimitée, ce texte permet à l'un des associés d'en provoquer la dissolution quand il veut, ainsi que nous le verrons dans la deuxième section de ce chapitre, *Des cas dans lesquels la dissolution de la société n'a pas lieu de plein droit.*

Si la durée de la société a été fixée dans le contrat, la dissolution a lieu de plein droit à l'expiration du temps fixé. On n'a pas à rechercher, dans ce cas, si l'opération en vue de laquelle la société a été constituée est terminée ou ne l'est pas ; lorsque le terme convenu arrive, la société se dissout, même si l'opération n'est pas terminée. C'est ce qui résulte des termes absolus de l'article 1865, « la société « finit par l'expiration du temps pour lequel elle a été con-
« tractée. »¹

Il peut arriver toutefois, et il arrivera même assez fréquemment que l'indication d'un délai faite dans l'acte de société ne soit, dans la pensée des parties, qu'une indication accessoire : ce qu'elles ont voulu avant tout, c'est atteindre le but en vue duquel la société est constituée, et, si elles ont indiqué un délai, c'est parce qu'elles croyaient pouvoir terminer dans ce délai les opérations sociales. Du moment où il sera établi que telle a été leur intention, que l'indication du délai n'était qu'accessoire, et que leur volonté était que la société se prolongeât jusqu'à la consommation de la négociation, on ne tiendra pas compte du terme fixé, et la société existera jusqu'à la fin des opérations en vue desquelles elle a été réellement constituée.²

281. — La société peut finir avant le terme fixé, mais à la condition que les associés soient unanimes pour de-

¹ Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 870 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 683.

² Bruxelles, 13 janvier 1840, Sirey, c. n., III, II, 186. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 684 ; Laurent, XXVI, n° 366. — *Compar.* Nîmes, 2 janvier 1839, Sirey, 39, II, 74 ; et *Infrà*, n° 292.

mander cette dissolution : c'est le *mutuel dissentiment* dont nous avons parlé plus haut, et qui permet de dissoudre la société n'importe à quel moment, comme il permet de résoudre tous les contrats.

Mais la simple majorité des associés n'aurait pas ce droit : il est de principe en effet que le pacte social ne peut être modifié que par tous ceux dont le concours était nécessaire pour le former, et il n'y a pas de modification plus grave que celle qui consiste à avancer l'époque fixée pour la dissolution de la société.¹

282. — La société dont le terme est fixé peut être prorogée, mais l'article 1866, qui reconnaît la validité de cette prorogation, porte « qu'elle ne peut être prouvée que par « un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de « société. »

Il importe de bien comprendre ce texte, dont la rédaction n'est pas très heureuse. Il semble en effet en résulter : 1° que la prorogation doit être faite *par un écrit* ; 2° que cet écrit doit être revêtu *des mêmes formes* que le contrat de société, d'où il résulterait que si l'acte de société a été fait en la forme authentique, l'acte de prorogation doit être rédigé en la même forme.

Mais ces deux idées, que fait naître la lettre de l'article 1866, sont l'une et l'autre inexactes. D'abord, en ce qui concerne la rédaction par écrit de l'acte de société, l'article 1866 s'exprime en termes aussi inexacts que l'article 1834, qui porte que « toutes sociétés doivent être *rédigées* « *par écrit* » : nous avons dit, à propos de ce dernier texte, que sa rédaction était incorrecte, et qu'il n'avait nullement pour but de faire de la société un contrat à part, dans lequel l'écriture serait exigée *ad solemnitatem*, mais seulement de supprimer les *sociétés taisibles* qui se formaient dans notre ancien droit par la seule communauté d'existence des associés ; et nous avons démontré qu'il ressor-

¹ Paris, 20 mai 1869, Dalloz, 70, II, 12. — Laurent, XXVI, n° 367.

tait clairement des travaux préparatoires que l'écriture était exigée seulement *ad probationem*, et qu'un contrat de société purement verbal était valable, du moment où la preuve de la convention était rapportée.¹ Or l'article 1866 ne signifie qu'une chose : c'est que la prorogation de la société doit être prouvée de la même manière que l'on prouve la formation de la société, c'est-à-dire par écrit au-dessus de cent cinquante francs, par témoins au-dessous de ce chiffre.

« Attendu, dit exactement un arrêt de la Cour de cassation, que, suivant les articles 1107 et 1347 du Code civil, la preuve par témoins de toute convention est admissible, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, à moins qu'une loi expresse ne l'ait particulièrement défendu; que des articles 1834 et 1866 du même Code, spécialement entendus, ni d'aucune autre disposition administrative, il ne résulte aucune dérogation à ce principe, à l'égard des sociétés et prorogations de sociétés non commerciales. »²

283. — M. Pont cependant, tout en reconnaissant l'exactitude de cette interprétation de l'article 1866, y apporte une exception dans le cas où, en fait, on soutient que les associés ont continué les opérations sociales après le terme fixé par la dissolution. Voici dans quels termes il soutient cette opinion :

« Il s'agit d'associés qui, sans faire une convention nouvelle et précise, ont librement et volontairement continué d'agir en associés, de vivre dans les liens d'un contrat dont, s'ils l'avaient voulu, ils auraient pu se dégager. Ce qui est en question, ce n'est pas une convention pro-

¹ *Suprà*, n° 81.

² Cassation, 11 décembre 1825, Sirey, c. n., VIII, I, 234. — *Sic*, Cassation, 19 juillet 1852, Sirey, 53, I, 33, et Dalloz, 52, I, 99. — Duranton, XVII, n° 462; Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 914; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 416; Pont, *Du Contrat de Société*, nos 688-689; Laurent, XXVI, n° 369. — *Compar.* Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 139.

« prement dite, un pacte nouveau; c'est l'existence, la
 « réalité ou la signification de faits et d'agissements dont
 « les parties ne pouvaient pas exiger la preuve écrite.
 « La raison juridique sur laquelle repose la prohibition de
 « la preuve testimoniale ne peut donc pas être mise en avant
 « dans ce cas; et dès lors il est juste et naturel de laisser
 « ce genre de preuve, aussi bien que tous les autres, à la
 « disposition des parties..... Un associé devra être admis
 « à prouver que la société s'est maintenue et a continué
 « après et nonobstant l'expiration du temps pour lequel elle
 « avait été constituée : bien qu'il n'y ait pas trace écrite de
 « la continuation, il sera admis à faire cette preuve par té-
 « moins, parce que la continuation qu'il allègue résulte
 « d'un fait et non d'une convention. »¹

Cette théorie doit, à notre avis, être repoussée, car elle méconnaît un principe essentiel en matière de preuve. Il n'est pas exact en effet de dire que l'on peut établir par témoins toute espèce de faits : lorsqu'il s'agit d'un *fait juridique*, c'est-à-dire d'un fait qui engendrera des conséquences de droit, lorsque la preuve en sera fournie, on ne peut le prouver que dans les termes de l'article 1341, à moins qu'il n'ait été impossible d'en rapporter une preuve écrite, comme pour les faits que prévoit l'article 1348. Or, dans l'hypothèse que nous examinons, il s'agit d'un fait juridique, puisque la continuation de la société dépend de l'existence ou de la non existence de ce fait, et, d'un autre côté, rien n'était plus facile que de le constater par écrit, dans la forme de l'acte de société. En réalité, il s'agit de prouver que les associés ont été d'accord pour proroger la société, et, au lieu de prouver cet accord par écrit, comme le veut l'article 1866, l'opinion que nous combattons voudrait le prouver par témoins, en établissant des faits de nature à démontrer cet accord; ce qui est inadmissible.²

¹ *Du Contrat de Société*, n° 690.

² Laurent, XXVI, n° 370.

284. — Malgré ce que nous venons de dire au numéro précédent, nous admettons que la prorogation d'une société peut être *tacite*, et résulter seulement de ce que tous les associés ont continué les opérations sociales après le terme fixé pour la dissolution de la société ; mais la preuve de cette prorogation tacite ne pourra être faite que par écrit, ou avec un commencement de preuve par écrit. C'est ainsi que doivent se concilier ces deux idées, la première, que l'article 1866, malgré sa rédaction incorrecte, ne soumet à aucune forme ni à la rédaction d'aucun acte la prorogation des sociétés ; la seconde, que cette prorogation ne peut être prouvée que d'après les règles du droit commun, conformément aux articles 1341 et suivants du Code civil.¹

285. — On s'est demandé si les associations fromagères ne sont pas soumises, en ce qui concerne leur prorogation, à des règles particulières, et si ces associations ne sont pas censées *tacitement prorogées* d'une année à l'autre, jusqu'à ce qu'elles soient dissoutes.

L'affirmative a été plusieurs fois décidée par la cour de Besançon, notamment par un arrêt du 12 mars 1866, qui juge « que ces associations sont réputées se proroger tacitement d'une année à l'autre. »²

Cette question n'est que l'un des aspects d'une théorie plus générale que nous avons étudiée dans le chapitre VII de la première partie de ce Traité, *De la forme et de la preuve du contrat de société* : nous nous sommes demandé en effet si les associations fromagères, l'une des nombreuses sociétés taisibles qui existaient dans l'ancienne France, n'avaient pas conservé dans le droit nouveau leur ancienne organisation, ou si au contraire il fallait les soumettre au droit commun des sociétés, tel qu'il est organisé dans les articles

¹ Cassation, 14 mars 1848, Dalloz, 48, I, 120 ; Cassation, 17 décembre 1889, *Pandectes françaises*, 90, I, 251. — Laurent, XXVI, n° 368.

² Sirey, 67, II, 281, et Dalloz, 67, II, 33.

1824 et suivants du Code civil; et, tout en regrettant que le législateur nouveau n'ait pas conservé les règles traditionnelles de ces intéressantes associations, nous avons dit que, dans le silence des textes, il nous paraissait impossible de leur faire une situation à part et différente de celle des autres sociétés.¹

Ce principe admis, la solution de la question que nous examinons est très simple : ce n'est pas seulement pour leur formation, c'est aussi pour leur prorogation que les associations fromagères sont soumises au droit commun ; d'où il suit que la prorogation ne pourra en être prouvée que par écrit, ou à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, conformément aux principes que nous venons d'exposer.

286. — La prorogation de la société fait-elle de la société prorogée une société nouvelle, ou bien est-ce toujours la société ancienne, dont la durée seulement est prolongée ?

A ne consulter que les Travaux préparatoires, la société prorogée serait une société nouvelle :

« Lorsque la société est dissoute ou n'existe plus, dit « M. Boutteville, la continuer, la proroger, c'est réellement « en contracter une nouvelle. Une convention écrite, et « toutes les formes nécessaires pour constater la première « le sont donc pour la seconde. »²

Cette opinion est combattue par MM. Troplong³ et Pont,⁴ qui soutiennent que la société prorogée est toujours l'ancienne société :

« C'est la même société, dit M. Troplong, subsistant sans « interruption entre les mêmes personnes, avec le même « capital et les mêmes moyens, avec le même but et le « même objet, et ne présentant de modification que dans « le temps de sa durée, changé par la volonté des parties. « Le mot de *prorogation*, employé par notre article, exclut

¹ *Suprà*, n° 8.

² *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIV, p. 414.

³ *Du Contrat de Société*, II, n° 915.

⁴ *Du Contrat de Société*, n° 686.

« toute idée d'intermittence dans l'existence de la société ;
 « il est le synonyme de ce que l'article 46 du Code de com-
 « merce appelle *continuation de société*. La société, proro-
 « gée au delà du terme primitivement convenu, est donc
 « un état d'intégrité tout à fait semblable à celui de la so-
 « ciété dont l'une des clauses porterait que la mort d'un
 « des associés ne l'empêcherait pas de continuer avec les
 « héritiers ou avec les associés survivants. »

Nous croyons, avec M. Laurent,¹ que la théorie de MM. Troplong et Pont est exacte, lorsque la société a été prorogée avant son expiration, mais qu'elle ne l'est plus si la prorogation n'intervient qu'après l'expiration du temps fixé pour la société. Dans le premier cas, on dit avec raison que c'est la même société qui continue d'exister, sans interruption, avec les mêmes éléments ; dans le second cas, au contraire, comme la société primitive a été dissoute à l'expiration du temps fixé pour sa durée, on ne peut la faire revivre par une convention nouvelle.

Il est vrai que le mot *proroger*, dans l'acception où il est employé en matière de société, signifie *continuer*, comme le dit M. Troplong : « *Proroger*, dit Ferrière, signifie *étendre un délai* pour faire quelque chose. »² Mais encore faut-il, pour continuer une chose, qu'elle ne soit pas finie, et tel est le cas d'une société dont le terme est expiré : on continue ce qui existe encore, on recommence ce qui est fini.

La solution que nous proposons a été expressément donnée par le Code civil espagnol de 1889 : aux termes de l'article 1703, si la prorogation est postérieure à l'expiration du temps convenu, c'est une *nouvelle société* qui est réputée se former ; si au contraire elle est antérieure, c'est la *société primitive* qui continue.³

¹ XXVI, n° 371.

² DICTIONNAIRE DE DROIT ET DE PRATIQUE, v° *Proroger*.

³ Lehr, *Eléments de droit civil Espagnol*, II, p. 305 ; Levé, *Code civil Espagnol*, p. 322-323.

§ II

De l'extinction de la chose, ou de la consommation de la négociation.

287. — La rubrique de ce paragraphe indique deux modes d'extinction des sociétés qu'il importe de distinguer avec soin. Aussi traiterons-nous successivement :

A. — *De l'extinction de la chose.*

B. — *De la consommation de la négociation.*

288. — A. *De l'extinction de la chose.* — La loi Romaine s'exprimait dans les termes suivants, à propos de la dissolution de la société par la perte de la chose ; après avoir indiqué que la société se dissout *re*, par la perte de la chose, Ulpien ajoute :

« *Intereunt res vero, cum aut nullæ relinquuntur, aut conditionem mutaverint: neque enim ejus rei, quæ jam nulla sit, quisquam socius est; neque ejus, quæ consecrata publicatave sit.* »¹

« La société finit, dit Domat, si elle regardait une chose qui vienne à périr, ou dont le commerce cesse d'être libre, comme si la société était pour la ferme d'une terre prise par l'ennemi dans un temps de guerre. »²

Les exemples que nous venons de citer montrent que la perte de la chose, au point de vue qui nous occupe, ne s'entend pas seulement de la destruction matérielle de l'objet de la société, mais aussi de tout événement qui rend cet objet impropre à l'usage pour lequel il a été mis en société. Ce n'est pas tant la chose elle-même que les associés ont eu en vue que l'utilité qu'ils pouvaient en retirer, en vue d'une destination déterminée, et, si elle ne peut plus remplir cette

¹ L. 63, § 10, D., *Pro socio* (XVII, II).

² *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section V, § 11. — *Sic Pothier, Du Contrat de Société*, n° 140.

destination, elle est « éteinte » au point de vue de la société.

289. — En parlant de « l'extinction de la chose », l'article 1865 a évidemment en vue la perte totale de l'objet de la société. Mais que devra-t-on décider en cas de perte partielle ? L'article 1865 ne prévoit pas la perte partielle, puisqu'il ne parle que de *l'extinction de la chose*, c'est-à-dire de la perte totale, mais le motif de ce texte va nous permettre de donner assez facilement une solution pour la perte partielle. Si la partie perdue est de telle importance qu'il soit désormais impossible à la société d'atteindre son but, et de réaliser les bénéfices en vue desquels elle a été contractée, elle entraînera la dissolution de la société ; mais, si la perte ne porte que sur une partie peu importante de la chose, la société n'en continuera pas moins à vivre. Ce ne sera plus, à vrai dire, en vertu de l'article 1865 que la dissolution sera prononcée : ce texte, qui ne vise que la perte totale, prononce pour ce cas la dissolution de plein droit de la société, et il ne peut s'agir dans notre hypothèse de dissolution de plein droit, puisqu'il faut examiner si la perte est de telle importance qu'elle doive entraîner la dissolution. Mais l'article 1874 permet de demander judiciairement la dissolution des sociétés à terme pour des causes « dont la « légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges », et la perte partielle est une de ces causes de dissolution judiciaire.¹

La jurisprudence a appliqué avec raison ces principes à l'hypothèse où le capital de la société a été réduit à un chiffre insignifiant, ne permettant plus à la société de fonctionner utilement :

« Attendu, dit un jugement de Besançon confirmé par adoption de motifs par un arrêt de la Cour d'appel, qu'il est de principe que les sociétés à terme ne prennent fin que par l'arrivée du terme, à moins que l'on ne se trouve dans les

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 694 ; Laurent, XXVI, n° 372.

« cas exceptionnels prévus par les articles 1865 et 1871 ;
 « que c'est par conséquent le cas de vérifier si les articles
 « sus-visés s'appliquent au cas actuel ;

« Attendu que le capital social, composé primitivement
 « de..., a été réduit à... ; que cette somme est évidemment
 « insuffisante, puisque le fonds de roulement nécessaire à
 « une opération de cette nature doit être de...

« Attendu que, dans ces circonstances, on ne peut espé-
 « rer une marche normale et suffisamment productive, et
 « que le capital social se trouvant réduit à un chiffre insi-
 « gnifiant, on peut dire à juste titre que la société tombe
 « sous le coup de l'article 1865, c'est-à-dire doit prendre
 « fin par l'extinction de la chose. »

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté, par le motif que « le fonds social se trouvant réduit à un chiffre insignifiant, la Cour a fait une juste application de l'article 1865, 2. »¹

Tout en approuvant complètement la solution de cet arrêt, nous croyons qu'on eut dû le motiver sur l'article 1871 plutôt que sur l'article 1865, 2°, car il n'y a pas perte totale ni dissolution de plein droit.

290. — La perte de la mise de l'un des associés peut entraîner la dissolution de plein droit de la société, aux termes de l'article 1867, que nous avons étudié au chapitre II de la troisième partie de ce Traité, en nous occupant de la *Restitution de l'apport des associés*.² Nous nous bornons à rappeler que si l'apport est d'un corps certain, la perte de cet apport avant sa réalisation entraîne la dissolution de la société ; et que si l'apport consiste seulement dans la jouissance de certains objets, la perte de la chose apportée entraîne aussi la dissolution de la société, sauf les exceptions prévues par l'article 1851.

Nous ajouterons seulement que si l'apport, que l'associé

¹ Cassation, 16 juin 1873, Sirey, 73, I, 386, et Dalloz, 74, I, 61.

² *Suprà*, n° 152 et suiv.

doit faire en propriété, porte sur plusieurs objets, et que l'un de ces objets vienne à périr avant d'être mis en société, on appliquera les principes que nous venons d'exposer à propos de la perte partielle de l'objet de la société : la dissolution de la société n'aura pas lieu de plein droit, mais s'il est établi que la partie qui a péri est d'une grande importance, par rapport à l'ensemble de l'apport, cette perte pourra provoquer une demande judiciaire en dissolution de la société.¹

291. — B. *De la consommation de la négociation.* — Les Institutes de Justinien rangent parmi les causes qui amènent la dissolution de la société la fin de la négociation, en vue de laquelle la société a été constituée :

« *Si alicujus rei contracta societas sit, et finis negotio impositus est, finitur societas.* »²

« Si la société, dit Domat, n'était que pour un certain commerce, ou pour quelque affaire, elle finit lorsque ce commerce ou cette affaire cesse. »³

Après avoir posé le même principe, Pothier donne l'exemple suivant :

« Par exemple, dit-il, lorsque deux marchands ont contracté société pour acheter ensemble une certaine partie de marchandises qu'ils iraient vendre à la foire de Guibrey, il est évident que cette société sera finie lorsqu'ils les y auront toutes vendues. »⁴

On peut dire qu'en pareil cas la société finit par l'expiration du terme, car les associés, s'étant réunis en vue d'une affaire déterminée, ont voulu que le terme de leur association fût la fin de l'affaire en vue de laquelle ils ont contracté.

292. — Lorsqu'une société a été ainsi constituée, en vue d'une négociation déterminée, elle ne prendra fin qu'à l'achèvement complet de cette négociation ; et si le terme

¹ Aubry et Rau, IV, § 384, texte et note 9, p. 569.

² Lib. III, Tit. XXVI, § 6.

³ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section V, § 41.

⁴ *Du Contrat de Société*, n° 143.

que les associés avaient eu primitivement en vue, et dans lequel ils pensaient devoir terminer l'affaire pour laquelle la société était créée, se trouve reculé par les circonstances, la société durera jusqu'au terme nouveau où s'achèvera réellement l'opération. Dans une société de ce genre en effet, le véritable terme que les associés ont eu en vue n'est pas le délai indiqué dans l'acte de société, mais l'époque où la négociation pourra être finie ; ce qu'ils ont voulu avant tout c'est achever cette négociation, et le terme n'a été indiqué que sous la condition implicite qu'il serait suffisant pour cet achèvement. L'indication du terme n'est, en pareil cas, qu'une indication *accessoire*, ainsi que nous l'avons dit en traitant de la dissolution de la société par l'arrivée du terme.¹

La jurisprudence nous fournit plusieurs applications de cette idée.

Plusieurs personnes s'associent pour soumissionner les travaux à exécuter dans un port, travaux qui doivent être effectués dans le délai de deux années. Des changements sont prescrits en cours d'exécution par l'administration, et un nouveau délai accordé aux concessionnaires : la société formée entre eux durera jusqu'à l'achèvement des travaux du port.²

Une solution analogue a été donnée, dans l'hypothèse où une société s'était formée pour prendre à bail l'entreprise du service public d'une maison centrale de détention : le bail de l'entreprise ayant été prorogé, à raison des avances faites par les concessionnaires et de l'accroissement de leur matériel, la cour de Nîmes a jugé avec raison que la société devait subsister jusqu'à l'achèvement de la prorogation de bail.³

Dans ces hypothèses et autres semblables, on doit rechercher ce que les associés ont eu en vue, conformément

¹ *Suprà*, n° 284.

² Bruxelles, 13 janvier 1810, Sirey, c. n., III, II, 186.

³ Nîmes, 2 janvier 1839, Sirey, 39, II, 74.

à la règle d'interprétation de l'article 1156, et on devra presque toujours décider qu'ils ont voulu avant tout mener à fin l'opération en vue de laquelle ils se sont associés. ¹

293. — La société créée en vue d'une opération déterminée pourra, par exception, finir avant l'achèvement de l'opération, si la continuation du fonctionnement de la société est rendue impossible par un événement de force majeure; par exemple, s'il s'agit d'une société fondée en vue de l'exploitation d'une mine, la société finira par la révocation de la concession accordée à la société: on peut dire alors, dans un certain sens, qu'il y a perte de la chose, puisque la chose qui formait l'objet de la société ne peut plus servir à sa destination. ²

§ III

De la mort de l'un des associés.

294. — La disposition de l'article 1865, 2^o, disposition qui existait déjà en droit Romain et dans notre ancien droit, et d'après laquelle la société est dissoute par la mort de l'un des associés, se justifie très bien par la nature du contrat de société :

« Comme la société, disait très bien Domat, ne peut subsister que par l'union des personnes qui se sont choisies, et que c'est quelquefois par l'industrie d'un seul qu'elle se soutient, la mort de l'un des associés interrompt naturellement la société à l'égard de tous. »³

« ...Les qualités personnelles de chacun des associés, dit aussi Pothier, entrent en considération dans le contrat de société. Je ne dois donc pas être obligé, lorsque

¹ Duvergier, *Du Contrat de Société*, n^o 414; Pont, *Du Contrat de Société*, n^o 684; Laurent, XXVI, n^o 366.

² Cassation, 17 décembre 1834, Sirey, 35, I, 651. — Pont, *Du Contrat de Société*, n^o 682.

³ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section V, § 14.

« l'un de mes associés est mort, à demeurer en société
 « avec les autres, parce qu'il peut se faire que ce ne soit
 « que par la considération des qualités personnelles de
 « celui qui est mort que j'ai voulu contracter la société. »¹

La conséquence de ce caractère tout personnel du contrat de société est que, à moins de stipulations contraires dont nous allons avoir à préciser l'effet, la société ne continue ni avec les héritiers de l'associé prédécédé, ni avec les associés survivants : d'un côté, les héritiers de l'associé prédécédé sont des inconnus, dont les aptitudes et le caractère sont ignorés des associés survivants, et, de l'autre, si les associés survivants ne sont pas des inconnus, c'est peut-être, comme le disait Pothier, à raison de la personne de l'associé prédécédé que la majorité des associés s'est décidée à fonder une société.

295. — La règle que la société se dissout par la mort de l'un des associés s'applique à toute société, à durée limitée ou à durée illimitée.²

Elle s'applique à la promesse de société comme à la société régulièrement formée, et il y a même en ce sens un argument à *fortiori*, car le législateur doit annuler plus facilement une société qui n'est pas encore définitivement constituée que celle dont la formation est régulière et définitive.³

La dissolution a lieu d'ailleurs de plein droit, sans qu'il y ait besoin de notification de la part de l'un des associés.⁴

296. — L'article 1868 permet aux associés de stipuler qu'en cas de mort de l'un d'eux, la société continuera entre les héritiers de l'associé prédécédé et les associés survivants.

Cette solution n'était pas admise par la loi Romaine, excepté dans le cas où il s'agissait d'une société formée pour la perception des impôts :

¹ *Du Contrat de Société*, n° 146.

² Aubry et Rau, IV, § 384, texte et note 7, p. 569.

³ Paris, 24 février 1860, Dalloz, 60, II, 84.

Pont, *Du Contrat de Société*, n° 702.

« *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pa-*
 « *cisci possimus, ut heres etiam succedat societati.* »¹

« La raison de cette décision, dit Pothier, était que la
 « société étant un droit qui est fondé sur l'amitié que les
 « parties ont l'une pour l'autre, sur la confiance récipro-
 « que que l'une a dans la fidélité et les bonnes qualités de
 « l'autre, il était contre la nature de la société qu'elle pût
 « se contracter avec une personne incertaine et inconnue,
 « et par conséquent avec les héritiers des parties contrac-
 « tantes, qui, lors du contrat, étaient des personnes incer-
 « taines. »²

Pothier ajoute :

« Cette raison ne me paraît pas bien décisive, et je crois
 « qu'elle a plus de subtilité que de solidité. »

Dans notre ancien droit, la question était discutée, et
 quelques auteurs pensaient que la convention qui continue
 la société avec les héritiers devait être regardée comme va-
 lable :

« Et faut noter, dit Masuer, que la société prend fin par
 « la mort de l'un des associez, sinon qu'on eust expressé-
 « ment convenu en contractant icelle qu'elle passeroit aux
 « héritiers ; car telle convention est bonne par la coustume ;
 « et fait telle adjonction des héritiers que ce qui de soy
 « périssoit avec la personne est transmis aux dits héritiers. »³

C'était aussi l'avis de Pothier.⁴

Mais Despeisses était d'une opinion contraire :

« Et l'héritier de l'associé défunt, dit-il, ne succède pas
 « en la société... ; ce qui a lieu, bien qu'en la société il y
 « eût pacte qu'elle serait transmise aux héritiers, contre
 « l'avis de Masuer. »⁵

Le Code civil a admis la théorie de Masuer et de Pothier :

¹ L. 59, *princ.*, D., *Pro socio* (XVII, II).

² *Du Contrat de Société*, n° 145.

³ LA PRACTIQUE, *Des Associations*, Titre XXVIII, n° 35.

⁴ *Op. et Loc. citat.*

⁵ *Des Contrats*, Part. I, Tit. III, Sect. III, n° 4.

« Nous ne trouvons rien, dit M. Treilhard, qui blesse la
 « bonne foi, les convenances ni les bonnes mœurs dans la
 « clause qui admettait l'héritier de l'associé ; si telle a été
 « la volonté des parties, pourquoi ne serait-elle pas exé-
 « cutée ? »¹

Nous croyons que la théorie adoptée par le Code est préférable. Il est certain, comme le dit M. Treilhard dans l'*Exposé des motifs* que nous venons de citer, que la clause qui fait de l'héritier un associé ne blesse ni la bonne foi, ni les convenances, ni les bonnes mœurs, mais l'objection n'est pas là : une telle clause n'est-elle pas contraire au caractère personnel et intime du contrat de société, et, dans une convention de cette nature, qui exige une si grande confiance réciproque, est-il bon de permettre aux associés de s'adjoindre un ou plusieurs inconnus ? Voilà quelle est la raison de douter, mais elle ne nous paraît pas décisive : en effet, les associés savent mieux que personne si la nature de leur société se concilie avec l'admission d'un inconnu dans leurs rangs, et, s'ils stipulent que l'héritier prendra la place de son auteur, c'est qu'ils savent que leur société n'en souffrira pas. D'un autre côté, il est possible qu'ils connaissent l'héritier de l'associé, que cet héritier doive même prendre part, du vivant de son auteur, aux opérations de la société, et il n'y a rien de plus naturel alors que de le voir élever au rang d'associé. Dans tous les cas il ne s'agit, dans cette clause, que de l'intérêt privé des associés, et la loi doit le leur laisser régler comme ils l'entendent.²

297. — Faut-il une stipulation *expresse* pour que la société continue avec les héritiers de l'associé prédécédé ? Oui, d'après M. Laurent, qui donne comme motif de son opinion qu'il s'agit de déroger au droit commun, et que dès lors il faut une stipulation formelle.³

¹ *Exposé des Motifs au Corps législatif*, Fenet, XIV, p. 403.

² *Compar. Pont, Du Contrat de Société*, n° 711-712 ; Laurent, XXVI, n° 380.

³ XXVI, n° 381.

Nous ne le croyons pas. Sans doute la volonté des parties doit être certaine, mais il y a des cas où elle ne sera pas douteuse, bien qu'il n'y ait pas de stipulation formelle : par exemple, la société a pour objet une affaire déterminée, devant s'accomplir dans un délai fixe ; les qualités personnelles des associés n'ont aucune utilité pour la marche de cette société, mais, en revanche, ils ont dû mettre des capitaux considérables pour en assurer le fonctionnement : ne doit-on pas admettre facilement, en pareil cas, que la société continuera avec les héritiers ?¹ Ou bien les associés ont stipulé qu'ils pourraient librement céder leurs droits, et que le cessionnaire prendrait dans la société la place du cédant : n'y a-t-il pas lieu de décider, avec M. Duvergier,² que l'héritier entrera alors dans la société, car il ne peut y avoir de différence entre la cession à titre onéreux et la transmission des droits à titre héréditaire ? Pour notre part, nous le croyons tout à fait, et nous estimons que dans tous les cas où la volonté des parties d'accepter les héritiers de l'associé prédécédé apparaîtra, expressément ou non, il y aura exception à la règle de l'article 1865.

298. — Lorsqu'il a été stipulé ou convenu que la société continuera avec les héritiers, cette dérogation au droit commun sera-t-elle applicable même si l'associé laisse des héritiers *mineurs* ?

Non, d'après M. Duvergier, qui fournit à l'appui de son opinion les motifs suivants :

« L'aliénation et l'administration des biens de mineurs
 « sont assujetties à une foule de formalités gênantes et coûteuses : si l'on décide que la société continue, de deux
 « choses l'une : ou les opérations sociales seront entravées
 « par l'accomplissement des formes applicables à l'état de
 « minorité ; ou ces formes seront négligées, quoique des
 « mineurs soient intéressés aux opérations. La loi ne permet

¹ Paris, 10 juin 1869, sous Cassation, 7 février 1870, Dalloz, 70, I, 303.

² *Du Contrat de Société*, n° 434.

« pas d'adopter la seconde branche de cette alternative ; et
 « la première se présente avec de tels inconvénients qu'il
 « est difficile de croire que les contractants aient eu l'in-
 « tention de s'y soumettre. Il est certain que si un héritier,
 « déjà admis au lieu et place de son auteur, venait à être
 « frappé d'interdiction, la société serait dissoute. Elle ne
 « doit donc pas continuer, si l'héritier est mineur au mo-
 « ment du décès de l'associé. Il est tout naturel que l'état
 « de minorité empêche d'établir des rapports que l'état d'in-
 « terdiction ferait cesser. »¹

Cette opinion n'a pas prévalu, et le système contraire triomphe en doctrine et en jurisprudence, à bon droit selon nous.

En principe, en effet, les droits et les obligations du *de cujus* passent à ses héritiers : s'il en est autrement en matière de société, si les héritiers ne succèdent pas à leur auteur, cette règle, souvent préjudiciable aux héritiers, a pour cause, ainsi que nous l'avons dit, le caractère *personnel* du contrat de société, la crainte que la présence d'inconnus inhabiles, d'un caractère désagréable ou d'une honnêteté douteuse, ne vienne désorganiser la société. Mais, lorsqu'une personne n'a consenti à entrer en société, à y apporter des capitaux sans lesquels peut-être cette société n'eût pu se former, qu'à la condition que ses héritiers prendraient sa place, on rentre dans le droit commun, et les héritiers mineurs comme les héritiers majeurs succèdent aux droits et aux obligations de leur auteur dans la société : décider autrement, ce serait aller à l'encontre de la volonté certaine de l'associé, qui n'a pas voulu que l'état de minorité de ses héritiers pût leur enlever le bénéfice qu'il a stipulé pour eux, mineurs ou majeurs.

Quant aux inconvénients que signale M. Duvergier, aux entraves résultant de l'état de minorité pour l'administration et l'aliénation des biens des mineurs, inconvénients

¹ *Du Contrat de Société*, n° 441.

auxquels on peut ajouter l'inhabileté probable du mineur à rendre des services à la société, nous n'en nions pas l'existence ; mais c'était aux associés à prévoir ces inconvénients, et la clause qui substitue les héritiers à leur auteur n'ayant été l'objet d'aucune restriction, il serait aussi contraire au droit qu'à l'équité d'enlever aux héritiers mineurs l'avantage que l'acte de société assure aux représentants, quels qu'ils soient, de l'associé décédé.¹

299. — L'héritier, qui a accepté la succession de l'associé sous bénéfice d'inventaire, peut-il profiter de la clause qui appelle les héritiers dans la société ?

Non, d'après M. Pardessus :

« L'héritier bénéficiaire, dit-il, ne pourrait invoquer
« l'effet de cette stipulation : la succession qu'il est appelé
« à administrer est, en quelque sorte, en déconfiture ; ses
« rapports avec la société n'auraient plus la liberté si né-
« cessaire dans les opérations commerciales, et n'offriraient
« plus, surtout, la garantie que le défunt présentait dans sa
« personne. »²

Nous ne pouvons admettre cette théorie.

Nous répondrons d'abord en invoquant contre elle l'autorité de M. Pardessus lui-même, qui enseigne que, s'il y a une stipulation au profit des héritiers, « la dissolution ne s'opère-
« rait pas, alors même que ces héritiers seraient *mineurs*. »³
Cette décision est absolument inconciliable avec celle que

¹ Bordeaux, 29 juillet 1862, Sirey, 63, II, 31 ; Aix, 16 décembre 1868, Sirey, 70, II, 240 ; et Dalloz, 71, II, 70 ; Riom, 21 mai 1884, Dalloz, 85, II, 86 ; Cassation, 2 mars 1885, Sirey, 85, I, 299, et Dalloz, 85, I, 441 ; Cassation, 10 mars 1885, et *Rapport* de M. Lepelletier, Sirey, 86, I, 410, et Dalloz, 85, I, 441 ; Paris, 7 avril 1887, Sirey, 88, II, 145. — Durantou, XVII, n° 473 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 954 ; Aubry et Rau, IV, § 384, texte et note 8, p. 569 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 716 ; Laurent, XXVI, n° 380.

² *Cours de droit commercial*, IV, n° 1059.

³ *Op. et Loc. citat.*

nous combattons, puisque l'héritier mineur ne peut accepter une succession que sous bénéfice d'inventaire.

Ajoutons que dans cette hypothèse la succession n'est point en déconfiture, et que, à ce point de vue encore, le motif donné manque d'exactitude.

Il est vrai que si l'héritier est majeur, l'acceptation bénéficiaire permet de craindre une situation héréditaire embarrassée ; et il est vrai encore que les formalités à suivre, au cas de bénéfice d'inventaire, sont gênantes pour l'administration de la société. Mais nous répondrons, comme dans le cas où l'héritier est mineur, que les associés devaient prévoir cette éventualité, et que, du moment où ils ne l'ont pas fait, ils doivent accepter dans sa généralité la convention d'après laquelle les héritiers, quels qu'ils soient, prendront la place de leur auteur dans la société. Quant aux embarras résultant de la situation obérée laissée par le défunt, ils pourront donner lieu, suivant les cas, à une demande en dissolution judiciaire, par application de l'article 1871 ; mais la crainte de ces embarras n'est pas suffisante pour faire dissoudre, préventivement et de plein droit, une société qui, dans la pensée des parties contractantes, devait continuer avec les héritiers, quels qu'ils fussent.¹

300. — L'expression « *héritiers* », employée dans l'acte de société, comprend dans sa généralité tous ceux qui sont appelés à représenter l'associé décédé, héritiers réguliers ou irréguliers, légitimes ou testamentaires.²

Bien plus, si au lieu du mot « *héritiers* », l'acte de société portait qu'en cas de décès de l'un des associés, la société continuerait avec ses « *représentants* », il faudrait entendre par là tous ceux qui viendraient au lieu et place de l'associé, par exemple, ceux qui achèteraient les droits de l'associé décédé sur la poursuite de ses créanciers. Le mot *repré-*

¹ Riom, 21 mai 1884, Dalloz, 85, II, 86. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 715.

² Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 952 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 440 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 715.

sentants en effet, beaucoup plus étendu que celui d'*héritiers*, comprend tous ceux qui, à un titre quelconque, succèdent aux droits de l'associé.¹

301. — La stipulation qui appelle les héritiers de l'associé décédé à prendre sa place est-elle obligatoire pour ceux-ci, ou peuvent-ils, tout en acceptant la succession de l'associé, refuser d'entrer dans la société ?

M. Pont pose en principe que cette stipulation n'est pas obligatoire pour les héritiers, qui peuvent, d'après lui, tout en acceptant la succession, refuser de faire partie de la société.² Il cite à l'appui de son opinion un arrêt de la cour de Caen du 10 novembre 1857, dans lequel on lit le considérant suivant :

« Que cette stipulation, à laquelle l'héritier n'avait point
« participé, ne pouvait lui imposer une obligation, et ne
« fournit à son respect aucun lien de droit. »³

M. Pont invoque enfin l'opinion de Domat, dont voici les termes :

« S'il avait été convenu entre les associés que la société
« serait continuée entre leurs héritiers, cette convention
« renfermerait la condition que les héritiers seraient agréés,
« et qu'eux aussi agréeraient les autres. Et elle n'aurait pas
« cet effet que les personnes qui ne pourraient s'assortir fus-
« sent contre leur gré liés en société.⁴

Nous ne pouvons admettre cette opinion, avec la formule générale que lui donnent MM. Pont et Aubry et Rau.

Sans doute, si l'associé avait stipulé que *l'un* de ses héritiers prendrait sa place dans la société, cet héritier pourrait refuser, tout en acceptant la succession : c'est l'hypothèse dans laquelle a statué l'arrêt de la cour de Caen du

¹ Paris, 13 août 1834, Sirey, 34, II, 674. — Troplong, Duvergier et Pont, *Op. et Loc. citat.*

² *Du Contrat de Société*, nos 594 et 714. — *Sic*, Aubry et Rau, IV, § 384, texte et note 8, p. 569.

³ Caen, 10 novembre 1857, Sirey, 59, II, 31.

⁴ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section II, § 4.

10 novembre 1857, et dans ce cas il est vrai de dire qu'il n'y a qu'une stipulation pour autrui, contenue dans un acte où l'associé stipule pour lui-même, et cette stipulation ne profite à l'héritier désigné que s'il le veut.

Mais si, comme il arrivera le plus souvent, la stipulation est faite pour *les héritiers*, il nous paraît impossible que ceux-ci s'y soustraient : une pareille clause constitue une des charges de la succession, que les héritiers ne peuvent répudier en acceptant la succession. Que l'on ne dise pas que c'est un bénéfice auquel ils peuvent toujours renoncer : cela peut être aussi une charge, un avantage pour les associés survivants, avantage sur lequel ils sont en droit de compter, puisqu'il est stipulé dans l'acte de société.

Quant à l'autorité de Domat, elle nous paraît facile à écarter dans l'hypothèse que nous examinons, par le motif suivant : si en effet ce jurisconsulte subordonne la continuation de la société avec l'héritier à l'acceptation de celui-ci, il la subordonne aussi à l'acceptation des associés survivants ; il faut, dit-il, qu'ils puissent « s'assortir ». Or personne ne soutient, sous l'empire du Code civil, que les associés survivants pourraient déclarer que l'héritier de l'associé prédécédé ne leur convient pas : réciproquement, l'héritier ne peut avoir le droit de dire que les associés ne lui conviennent point, et il est lié par la volonté de son auteur, aux obligations duquel il succède.

302. — L'article 1868, qui permet de stipuler que la société continuera avec les héritiers de l'associé prédécédé, permet aussi de convenir qu'elle continuera entre les associés survivants, à l'exclusion des héritiers du prédécédé.

La loi Romaine qui, comme nous l'avons vu,¹ ne permettait pas de convenir de la continuation de la société avec les héritiers de l'associé prédécédé, autorisait au contraire la stipulation portant que la société continuerait avec les associés survivants :

¹ *Suprà*, n° 296.

« *Morte unius societas dissolvitur, et si consensu omnium*
 « *coïta sit, plures vero supersint, nisi in coeundâ societate*
 « *aliter convenerit.* »¹

Cette solution était admise aussi dans notre ancien droit, et Despeisses explique bien le motif de cette différence de la continuation de la société entre les associés survivants, ou avec les héritiers de l'associé prédécédé :

« Bien que le pacte que les héritiers de l'associé défunt
 « succéderont en la société ne soit pas valable, néanmoins
 « la société contractée entre trois ou plus grand nombre
 « de personnes ne prend pas fin par la mort de l'un des
 « associés, lorsqu'en la société il y a pacte exprès qu'après
 « la mort de l'un les autres continueront en la société, car
 « ce pacte est valable. L'industrie de tous les associés est
 « connue à chacun d'eux, et ainsi ils peuvent convenir que
 « par la mort de l'un d'eux la société ne prendra pas
 « fin, mais sera continuée avec les autres : mais l'industrie
 « des héritiers des associés n'étant connue aux dits asso-
 « ciés, le pacte fait par les associés que la société serait
 « transmise aux héritiers de celui d'entre eux qui décède-
 « rait n'est valable. »²

Le Code, qui admet la possibilité de la continuation de société avec les héritiers, devait donc, à plus forte raison, l'autoriser entre les associés survivants, comme le fait l'article 1868.

303. — Si les associés ont stipulé que la société serait continuée seulement avec les associés survivants, l'article 1868 détermine, dans les termes suivants, les effets de cette clause par rapport aux héritiers de l'associé prédécédé :

« L'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la so-
 « ciété, eu égard à la situation de cette société lors du
 « décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant
 « qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant
 « la mort de l'associé auquel il succède. »

¹ L. 65, § 9, D., *Pro socio* (XVII, II).

² *Des Contrats*, Part. I, Titre III, Section III, § 4.

Ce texte est emprunté à Pothier, qui indiquait ainsi les effets de la dissolution de la société par la mort de l'un des associés :

« Cette dissolution de la communauté, qui survient par
 « la mort de l'un des associés, a deux effets. Le premier
 « est que l'héritier du défunt succède bien à la part que le
 « défunt avait au temps de sa mort dans les biens de la
 « société, et à la part de dettes de la société dont le défunt
 « était tenu : mais il ne succède pas aux droits de la société
 « pour l'avenir, si ce n'est à ce qui serait une suite né-
 « cessaire de ce qui s'est fait du vivant de l'associé auquel
 « il succède ; et même par rapport à ces choses, il ne de-
 « vient pas l'associé des associés du défunt, il ne prend
 « pas sa place, il est seulement en communauté avec eux.
 « Suivant ces principes, si, depuis la mort de l'un des
 « associés, l'autre associé a fait quelque nouveau mar-
 « ché avantageux relatif au commerce pour lequel la so-
 « ciété avait été contractée, l'héritier du défunt associé n'y
 « pourra prétendre aucune part, et si le marché était dé-
 « savantageux, on ne pourra pas lui faire supporter rien
 « de la perte. »¹

304. — Puisqu'il est permis de stipuler dans le contrat de société, soit que la société continuera avec l'héritier de l'associé décédé, soit qu'elle continuera entre les associés survivants, et que, à défaut de conventions de ce genre, la société est dissoute à la mort de l'un des associés, on peut insérer dans le contrat une clause donnant aux associés survivants l'option entre ces trois partis : dissoudre et liquider la société, la continuer entre eux, ou la continuer avec les héritiers de l'associé décédé.

On a objecté contre la validité de cette clause, qu'elle constituait une obligation subordonnée à une condition purement potestative de la part des associés survivants, et que dès lors elle tombait sous le coup de la prohibition des articles 1170 et 1174.

¹ *Du Contrat de Société*, n° 144.

Mais cette objection doit être écartée, car la condition est bien potestative, mais elle n'est pas *purement* potestative, dans le sens de l'article 1174. Ce que les rédacteurs du Code ont voulu prohiber dans cet article, c'est l'obligation nulle pour défaut de lien, celle dans laquelle l'une des parties est obligée, si elle le veut, et dans laquelle elle peut se dégager par un simple acte de sa volonté ; ce qui est nul, c'est l'obligation que Pothier caractérisait dans les termes suivants :

« Il est contraire à l'essence de l'obligation qu'elle dépende de la *pure et seule volonté* de celui qu'on suppose-rait l'avoir contractée... comme si je promettais de donner quelque chose à quelqu'un *si cela me plaisait, si « voluero. »*¹

Ici les événements peuvent influencer sur la volonté des associés, et les amener à prendre l'un plutôt que l'autre des trois partis entre lesquels ils peuvent opter. L'obligation n'est donc pas purement potestative, et l'alternative qui leur est donnée ne supprimant pas le lien de droit, rien ne fait obstacle à la validité de la clause.²

305. — Lorsque la société continue avec les associés survivants, il résulte de l'article 1868 que la part revenant aux héritiers doit être calculée d'après la situation de la société au décès de leur auteur. Toutefois, ils devront prendre part aux résultats des affaires en cours à cette date, lorsque ces résultats sont « *une suite nécessaire* » de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel ils succèdent, et les tribunaux auront à apprécier, en fait, dans quels cas une opération sera ou non une suite « *nécessaire* » de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé.

Nous avons dit d'ailleurs, en étudiant la dissolution de

¹ *Des Obligations*, n° 205.

² Cassation, 20 juin 1887, *Pandectes françaises*, 87, I, 246. — *Compar.*, sur la condition potestative en général : Aubry et Rau, IV, § 302, p. 66 et 67 ; Larombière, *Des Obligations*, I, article 1174, n° 6 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, XXV, n° 314.

la communauté de biens entre époux, que cette disposition de l'article 1868 n'était point une règle spéciale aux sociétés dont le but est la poursuite d'un gain, mais une règle générale qui devait être étendue à la communauté entre époux : les opérations anciennes, commencées avant la mort de l'associé, appartiennent à la société dont il a fait partie dans toutes leurs suites, tandis que les opérations nouvelles, dues à l'initiative des associés survivants, ne peuvent profiter ou nuire qu'à ceux-ci.¹

306. — La liquidation anticipée, que les associés survivants sont obligés de faire pour remplir de leurs droits les héritiers de l'associé prédécédé, est très gênante, et, pour en atténuer les inconvénients, on stipule souvent dans l'acte de société que les héritiers ne pourront demander que leur part dans la société, calculée d'après les bases du dernier inventaire social ; souvent même on ajoute que cette part ne sera payée que par fractions, échelonnées de manière à ne pas entraver le fonctionnement de la société entre les associés survivants.

Si l'acte de société porte que les héritiers ne pourront retirer que la mise de fonds de leur auteur et sa part de bénéfices calculée d'après le dernier inventaire social, pourront-ils demander immédiatement leur part dans le fonds de réserve de la société ? La Cour de Paris a jugé la négative, par les motifs suivants :

« Attendu qu'on comprend qu'en instituant un fonds de
 « réserve, qui, aux termes des statuts, entre dans les opé-
 « rations de la société comme garantie contre les chances
 « de perte, les associés aient entendu le conserver aussi
 « longtemps que les chances subsistent, c'est-à-dire jus-
 « qu'à la liquidation de la société ; que le décès de l'un des
 « associés ne peut priver les survivants, entre lesquels la
 « société continue de subsister telle qu'elle existait alors,

¹ Voir notre *Traité du Contrat de Mariage*, III, n° 1329, et les autorités qui y sont citées. — *Contrà*, Laurent, XXIII, n° 9.

« des garanties qu'ils ont entendu s'assurer ; et qu'ainsi, « tant que le terme fixé pour la liquidation n'a pas été at- « teint, la réserve ne peut, en raison de l'affectation spé- « ciale qui la grève, être considérée comme constituant « un bénéfice définitif. »¹

La question est avant tout une question de fait, et l'arrêt de la Cour de Paris que nous venons de citer le reconnaît, en basant sa solution principalement sur l'interprétation des statuts de la société ; mais, en dehors de tout élément de fait, nous croyons que les héritiers n'ont pas droit actuellement au partage de la réserve. C'est un fonds de garantie qui doit, dans la pensée des associés et comme son nom l'indique, être *réservé* pour faire face aux pertes que la société peut éprouver, et, ainsi que le dit très bien la Cour de Paris, il serait contraire à la destination spéciale de ce capital qu'il pût être entamé avant la liquidation de la société.

307. — Quel sera le sort des opérations faites par un associé après le décès de l'un des co-associés, mais dans l'ignorance de ce décès ? Appliquera-t-on la règle de l'article 1868, et dira-t-on que malgré cette ignorance l'opération ne profitera pas aux autres associés, ou aux héritiers de l'associé décédé ?

La loi Romaine répondait négativement et décidait que l'opération était commune à tous les associés :

« *Eadem distinctione utemur, quod in mandato : ut si qui- dem ignota fuerit mors alterius, valeat societas ; si nota, non valeat.* »²

La même solution était donnée dans notre ancien droit :

« Si la société ayant été contractée de certain trafic, dit « Despeisses, l'un des associés vient à décéder, toutes cho- « ses étant encore dans leur entier, si, après, l'autre asso- « cié fait ledit trafic, le gain et la perte doivent être com-

¹ Paris, 22 janvier 1877, Sirey, 80, II, 104.

² L. 65, § 10, D., *Pro socio* (XVII, II).

« muniqués, lorsque l'associé survivant avait ignoré la mort
 « de son associé au temps qu'il a fait le trafic, mais non pas
 « s'il avait été averti de cette mort avant que de faire les
 « choses dont ils avaient contracté société ; car au premier
 « cas il l'a fait comme associé, et non au second : et tout
 « ainsi que lorsque le procureur, après la mort du man-
 « dant, a exécuté le mandement, ignorant la mort dudit
 « mandant, il a action de mandat contre les héritiers du
 « mandant à cause de sa juste ignorance, mais non pas
 « lorsqu'il l'a sue, comme il est dit au titre *Du mandement* ;
 « pareillement en ce cas il est raisonnable que la juste igno-
 « rance de l'associé ne nuise ou ne profite pas à l'associé
 « qui a fait le trafic après la mort de son associé. »¹

On s'accorde à reconnaître que cette solution traditionnelle doit encore être admise dans le droit nouveau. Le Code civil reproduit textuellement, au titre *Du mandat*, la solution ancienne quant aux actes du mandataire faits dans l'ignorance de la mort du mandant : « Si le mandataire ignore la mort du mandant, dit l'article 2008 ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide » ; et les raisons de décider sont les mêmes dans la société et dans le mandat. Dans les deux cas en effet, celui qui ignore le décès mettant fin au contrat agit, et est en droit d'agir, en vertu d'une convention dont rien ne lui indique la rupture ; il serait injuste de lui faire supporter la perte pouvant résulter d'un acte qu'il n'a pas fait pour lui, et, à l'inverse, si l'acte est avantageux, il ne doit pas profiter d'un bénéfice qu'il n'a pas voulu faire pour lui seul.²

308. — Le principe que la société finit par la mort de l'un des associés est un principe absolu, applicable aussi bien à l'égard des tiers qu'entre les parties contractantes : le fait du décès, qui n'a pas besoin d'être publié, même s'il

¹ *Des Contrats*, Partie I, Titre III, § 5, n° 4.

² Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 901 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 438 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 703 ; Laurent, XXVI, n° 376.

s'agit d'une société commerciale,¹ suffit pour entraîner *ergà omnes* la dissolution de la société.

Mais ce principe ne reçoit pas son application, si les tiers ont traité avec l'un des associés dans la croyance que la société continuait d'exister. La mort de l'un des associés, fût-elle connue des tiers, ne prouve pas d'une façon péremptoire que la société est dissoute, puisque l'article 1868 permet de stipuler qu'elle continuera avec les associés survivants, et même avec les héritiers de l'associé décédé. Les tiers qui ont traité malgré la mort de l'un des associés auront donc action contre les associés survivants, et même contre les héritiers de l'associé prédécédé, s'ils ont eu de justes motifs de croire que la société continuait d'exister : c'est ce qui arrivera non seulement si l'acte de société stipule régulièrement cette continuation de la société, mais encore si la continuation des opérations sociales, après la mort de l'un des associés, a permis aux tiers de croire à l'existence de cette prorogation.²

309. — *L'absence*, même déclarée, de l'un des associés, n'entraîne pas de plein droit la dissolution de la société, comme le fait le décès de l'un d'eux. M. Demolombe indique très bien le motif de différence entre les deux hypothèses :

« L'envoyé provisoire ou les associés présents, dit-il, qui « soutiendraient que la société est dissoute par la mort de « l'absent, seraient demandeurs et devraient, en consé- « quence, prouver le fondement de leur action ; car la loi « ne présume ni la vie, ni la mort, si ce n'est envers l'ab-

¹ Cassation, 10 juillet 1844, Sirey, 44, I, 763 ; Lyon, 5 janvier 1849, Sirey, 49, II, 190, et Dalloz, 49, II, 99.

² Caen, 8 mars 1842, Sirey, 42, II, 337 ; Cassation, 22 mars 1843, Sirey, 44, I, 759 ; Cassation, 26 juillet 1843, Sirey, 43, I, 881 ; Cassation, 10 novembre 1847, Sirey, 48, I, 5, et Dalloz, 47, I, 353 ; Cassation, 10 janvier 1870, Sirey, 70, I, 157, et Dalloz, 70, I, 60 ; Cassation, 24 décembre 1877, Sirey, 78, I, 321, et Dalloz, 79, V, 386 ; Cassation, 16 janvier 1884, Dalloz, 84, I, 122. — Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 904 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 705 et 710. — Voir, toutefois, Laurent, XXVI, n° 378-379.

« sent lui-même et quant aux biens qui lui appartenaient ;
 « or il s'agit ici d'un contrat fait avec des tiers, et à l'égard
 « duquel elle n'a établi aucune présomption de décès. On
 « pourrait même aussi invoquer en ce sens l'article 124,
 « qui permet au conjoint présent de continuer la commu-
 « nauté. »¹

L'absence pourrait seulement, suivant les circonstances, donner lieu à la dissolution judiciaire de la société, ainsi que nous le dirons dans la section II de ce chapitre.

§ IV

De l'interdiction ou de la déconfiture de l'un des associés.

310. — L'interdiction et la déconfiture, que l'article 1865 réunit sous un même numéro, n'ont entre elles aucune similitude, et les motifs sur lesquels repose chacune de ces deux causes de dissolution sont différents ; aussi allons-nous traiter séparément de chacune d'elles :

A. — *De l'interdiction ;*

B. — *De la déconfiture.*

311. — A. *De l'interdiction.* — Lorsqu'une personne a été interdite, à raison de l'état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur dans lequel elle se trouve, le législateur devait, comme il l'a fait, prononcer la dissolution de la société : l'associé interdit est incapable en effet d'apporter désormais aucun concours à la société dans laquelle il est entré, puisqu'il est placé en tutelle, et la société a été fondée en vue du concours personnel de chacun des associés, et des services que chacun pouvait lui rendre, soit par son initiative, soit par ses conseils. L'interdit est, on peut le dire, *mort pour la société dont il faisait partie*, et, si le

¹ *Cours de Code civil*, II, n° 144. — *Sic Pont, Du Contrat de Société*, n° 707 ; de Moly, *Traité des Absents*, n° 735.

législateur tenait à réunir cette cause de dissolution des sociétés à une autre cause, il pouvait la réunir à la dissolution par la mort : dans un cas l'associé est remplacé par son tuteur, dans l'autre par ses héritiers, mais dans l'un et dans l'autre la société est privée du concours personnel en vue duquel elle a été créée.¹

312. — Faut-il assimiler à l'interdiction *judiciaire* l'interdiction *légale*, sous le régime de laquelle l'un des associés se trouverait placé à raison des condamnations qu'il a encourues ? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement : nous croyons, et nous allons le dire tout à l'heure à propos de la dation de conseil judiciaire, que l'article 1865 est limitatif, et que la société n'est dissoute de plein droit que par les causes expressément prévues par ce texte ; mais l'article 1865 range parmi ces causes l'interdiction, et, au point de vue qui nous occupe, il n'y a pas de différence à faire entre l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire. L'associé, interdit légalement ou interdit judiciairement, est en tutelle et incapable par suite de donner un concours quelconque à la société : les causes de l'état dans lequel il est placé sont différentes, mais l'état est le même, la tutelle organisée d'après les mêmes règles, et l'incapacité pour l'associé d'agir personnellement a la même étendue.

Cette analogie complète entre l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire a été très bien mise en relief par un arrêt de la Cour de Pau, rendu à propos de la question de savoir si l'interdit légal a une hypothèque sur les biens de son tuteur ; l'arrêt répond affirmativement par les motifs suivants :

« Attendu que le législateur n'a fait ni classes ni catégories d'interdits ayant chacun des privilèges différents.
 « Si la cause de l'interdiction diffère, elle n'en pèse pas
 « moins de la même manière sur la personne et les biens
 « de l'interdit ; dans l'un et l'autre cas, l'interdiction a le
 « même résultat, celui de priver l'interdit de toute capacité

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 721 ; Laurent, XXVI, n° 384.

« civile et de le priver de l'administration de ses biens. En
 « conséquence, soit que l'on prenne le texte de la loi, soit
 « que l'on examine la cause et le résultat de l'interdiction,
 « il n'y a aucune distinction à faire, qu'elle soit prononcée
 « par la justice ou par la loi ; dès qu'elle existe, elle doit
 « avoir les mêmes effets. »¹

Ces motifs très exacts s'appliquent aussi bien à la dissolution de la société qu'à l'étendue de l'hypothèque légale, et nous concluons avec la Cour de Pau qu'il n'y a aucune distinction à faire, au point de vue qui nous occupe, entre l'interdiction prononcée par la justice ou l'interdiction édictée par la loi.²

313. — Faut-il assimiler à l'interdiction la dation de conseil judiciaire à l'un des associés ? Oui, d'après une opinion : la dation de conseil judiciaire apporte à la situation de l'associé, dit-on, des modifications analogues à celles de l'interdiction, et la dissolution de la société doit être la conséquence de ces modifications, dans l'une comme dans l'autre hypothèse.³

Nous ne partageons pas cette opinion : les causes de dissolution de plein droit de la société sont, comme nous l'avons dit, limitativement établies par l'article 1865 ; la société « finit » par les causes que la loi indique, non par d'autres, et l'interprète ne peut ajouter à la nomenclature de la loi. Cette extension nous paraît d'autant moins admissible qu'il y a des différences notables entre l'interdiction et la dation de conseil judiciaire, et, le raisonnement par analogie fût-il possible ici, ce que nous ne croyons pas, on ne pourrait pas conclure qu'un effet attaché à l'interdiction s'attachera aussi à la dation de conseil judiciaire.⁴

¹ Pau, 19 août 1850, Sirey, 50, II, 587, et Dalloz, 51, II, 5.

² Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 443 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 722.

³ Duranton, XVII, n° 474 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 443-444.

⁴ Aubry et Rau, IV, § 384, texte et note 9, p. 570 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 723 ; Laurent, XXVI, n° 385.

Mais, si la nomination d'un conseil judiciaire à l'un des associés n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société, elle peut, suivant les circonstances, autoriser une demande judiciaire en dissolution, dans les termes de l'article 1874.

Ce que nous venons de dire de la dation de conseil judiciaire, il faut le dire, par les mêmes motifs, du placement de l'un des associés dans un établissement public d'aliénés. L'incapacité limitée qui résulte de ce placement, d'après la loi du 30 juin 1838, ne peut être l'équivalent de l'interdiction qui seule met fin à la société, d'après l'article 1865. Il en sera de ce placement comme du dérangement des facultés mentales de l'associé, qui n'aurait donné lieu ni à l'interdiction, ni au placement du malade dans un établissement public d'aliénés : ce sont des causes qui peuvent donner lieu à une dissolution judiciaire de la société, mais qui n'entraînent pas sa dissolution de plein droit.

314. — La dissolution de la société par l'interdiction de l'un des associés s'opère de plein droit, comme la dissolution par la perte de la chose ou par la mort de l'un des associés : il s'ensuit que cette cause de dissolution peut être invoquée non seulement par les associés de l'interdit, mais aussi du chef de l'interdit lui-même. Cela est vrai non seulement pour l'interdiction judiciaire, dont la cause n'est pas imputable à l'associé frappé d'aliénation mentale, mais aussi pour l'interdiction légale. En vain objecterait-on que l'interdiction légale a pour cause un crime ou un délit de l'associé, et que celui-ci ne peut se faire une arme de sa faute pour demander la dissolution de la société. M. Bravard-Veyrières a fait à cette objection une réponse décisive :

« Il n'est pas possible, dit-il, de scinder cette cause de
 « dissolution : dès que l'associé ne peut plus exercer ses
 « droits dans la société, en faire partie, la société cesse
 « forcément, tant à son égard qu'à l'égard des autres asso-
 « ciés. Ce n'est pas là une de ces causes de dissolution
 « qu'il faut invoquer, soumettre à l'appréciation des juges ;
 « c'est une cause qui opère par elle-même la dissolution,

« et indépendamment de toute manifestation de volonté de
« la part des parties. »¹

315. — B. *De la déconfiture.* — La loi Romaine et notre ancien droit proclamaient que l'insolvabilité survenue chez l'un des associés entraînait la dissolution de la société :

« *Dissociamur... egestate.* »²

« *Bonis à creditoribus venditis unius socii distrahi societatem Labeo ait.* »³

« La société prend fin, dit Despeisses, par la pauvreté de
« l'un des associés, savoir, lorsque quelqu'un des associés
« a fait cession des biens, ou bien que ses créanciers lui
« aient fait vendre tous ses biens. »⁴

Domat emploie toutefois des expressions différentes, et indique que la ruine de l'un des associés ne rompt pas la société de plein droit, mais permet seulement aux autres associés de demander la dissolution :

« Si un des associés, dit-il, est réduit à un tel état qu'il
« ne puisse contribuer dans la société ce qu'il devait four-
« nir, soit de son argent..., *les autres associés pourront*
« *l'exclure de la société*, comme si ses biens sont saisis, s'il
« les a abandonnés à ses créanciers... On n'a pas mis dans
« cet article ce qui est dit dans les textes qu'on y a rappor-
« tés, que *la société est rompue* par la pauvreté et par le
« désordre des affaires de l'un des associés. Car notre usage
« n'anéantit pas ainsi les conventions sans le fait des par-
« ties, et, tandis que les associés *souffrent dans leur société*
« celui dont les biens seraient saisis et même vendus, il ne
« laisse pas d'être considéré comme associé, et d'avoir part
« aux profits jusqu'à ce qu'on l'exclue... »⁵

L'article 1865 place la déconfiture sur la même ligne

¹ Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, I, p. 403. — Sic Pont, *Du Contrat de Société*, n° 724.

² L. 4, § 1, D., *Pro socio* (XVII, II).

³ L. 65, § 1, D., *Eod. Titul.*

⁴ *Des Contrats*, Partie I, Titre III, Section III, n° 9.

⁵ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section V, § 12. — *Compar.* Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 148.

que la mort ou l'interdiction de l'un des associés : il faut donc en conclure que la dissolution de la société aura lieu de plein droit dans cette hypothèse, comme dans les autres hypothèses que prévoit notre texte, et qu'elle pourra être demandée aussi bien par l'associé en déconfiture que par les autres associés.

Toutefois il faut observer, avec M. Laurent,¹ qu'il y a cette différence entre la déconfiture et les autres causes de dissolution prévues par l'article 1865 que sa constatation est beaucoup plus difficile, et qu'il faudra un jugement pour la proclamer, si son existence est niée par l'une ou par l'autre des parties intéressées.

316. — Il faut assimiler à la déconfiture la faillite de l'un des associés. L'article 1865 ne prévoit pas la faillite, ce qui s'explique parce que ce texte étant consacré aux modes de dissolution des sociétés civiles, le plus souvent les associés ne sont pas commerçants et ne peuvent dès lors être déclarés en faillite : mais il peut arriver que des commerçants fassent partie de sociétés civiles, et, s'ils tombent en faillite, la société sera dissoute. La faillite est en effet la déconfiture du commerçant, avec cette différence que la faillite ne prouve pas toujours l'insolvabilité du commerçant déclaré en faillite : la loi commerciale, se préoccupant des difficultés de la constatation de l'insolvabilité, s'est attachée à un fait extérieur, facilement saisissable, mais parfois trompeur, la cessation des paiements ; mais, que la preuve admise par le législateur soit ou ne soit pas décisive, c'est toujours l'insolvabilité, *egestas*, qui est la cause de la déconfiture ou de la faillite, et l'une ou l'autre de ces deux situations doit amener le même résultat, la dissolution de plein droit de la société.²

¹ XXVI, n° 387.

² Paris, 5 janvier 1853, Sirey, 54, II, 341, et Dalloz, 54, V, 708 ; Cassation, 7 décembre 1858, Sirey, 59, I, 619, et Dalloz, 59, I, 135 ; Cassation, 4 août 1880, Sirey, 81, I, 56 ; Dalloz, 81, I, 464, et *France Judiciaire*, 81, II, 24. — Durantou, XVII, n° 474 ; Aubry

317. — Si la société a été dissoute par la faillite de l'un des associés, le concordat obtenu par celui-ci, qui a pour effet de lui rendre l'administration de ses biens, ne fait pas revivre la société : elle est dissoute par le fait seul de la faillite, et aucun événement postérieur ne peut la faire renaître à l'existence juridique.¹

Ajoutons que la dissolution de la société par la faillite est plus facile à établir que sa dissolution par la déconfiture, car, au lieu de l'incertitude plus ou moins complète qui peut régner sur l'insolvabilité du non commerçant, la faillite est établie *erga omnes* par le jugement qui la déclare.

318. — La déconfiture et la faillite mettent fin à toute espèce de société, aussi bien à celles qui ont été constituées en vue de capitaux à fournir par les associés qu'à celles où l'on a cherché le concours personnel de ceux-ci. Il est vrai qu'il y a certaines sociétés dans lesquelles le crédit ou la considération personnelle des associés sont sans importance, mais le texte de l'article 1865 est absolu et ne permet pas de faire cette distinction.²

Toutefois la règle d'après laquelle la société est dissoute par la déconfiture ou la faillite n'est pas d'ordre public, et les associés peuvent convenir que la société continuera malgré l'un ou l'autre de ces événements. L'article 1868 fournit en faveur de cette opinion un argument *à fortiori* : le décès de l'un des associés est, de toutes les causes de dissolution, celle qui bouleverse le plus profondément le fonctionnement de la société, et, puisque le législateur permet néanmoins de stipuler que la société continuera malgré le décès de l'un des associés, c'est qu'aucune des causes que l'article 1865 énumère n'est d'ordre public et ne dissout la société, lorsque les associés ont voulu qu'il en fût autrement.³

et Rau, IV, § 384, texte et note 10, p. 570 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 726 ; Laurent, XXVI, n° 386.

¹ Paris, 5 janvier 1853, Sirey, 54, II, 341, et Dalloz, 54, V, 708. — Laurent, XXVI, n° 708.

² Paris, *Arrêt précité* du 5 janvier 1853.

³ Orléans, 29 août 1844, Sirey, 54, II, 341, et Dalloz, 54, V, 708 ;

319. — La déconfiture et la faillite, comme l'interdiction dont nous venons de parler, entraînent la dissolution de plein droit de la société ; ce qui signifie que non seulement les associés de celui qui est tombé en déconfiture ou en faillite, mais l'associé lui-même, ou ses ayants cause, les créanciers de la faillite, peuvent demander la dissolution de la société. Comme nous l'avons dit à propos de l'interdiction,¹ les différentes causes de dissolution que l'article 1865 énumère dans les quatre premiers numéros opèrent de plein droit, et toute personne intéressée peut se prévaloir de la dissolution qui est encourue par le seul effet de la loi.²

L'une des conséquences de cette solution est que l'adjudicataire, ou le cessionnaire de la part de l'un des associés, a le droit de demander la dissolution de la société, si son cédant est en déconfiture ou en faillite.

On a combattu l'opinion que nous exposons, en soutenant que les tiers, créanciers ou cessionnaires de l'associé en déconfiture ou en faillite, ne pouvaient se plaindre tant que les autres associés les laissaient jouir des droits de leur cédant ou de leur débiteur :

« Qu'un associé, dit M. Pardessus, ou, ce qui est la même chose, ses créanciers, qui ne sont que ses représentants, se fondent sur l'état d'insolvabilité dans lequel il est tombé pour prétendre dissoudre la société dont il était membre, c'est assurément ce que ni les principes de droit, ni l'équité n'autorisent. »³

Cassation, 7 décembre 1858, Sirey, 59, I, 619, et Dalloz, 59, I, 135 ; Cassation, 18 janvier 1881, Sirey, 83, I, 398, et Dalloz, 81, I, 244 ; Riom, 21 mai 1884, Dalloz, 85, II, 86 ; Cassation, 10 mars 1885, Sirey, 86, I, 410, et Dalloz, 85, I, 441. — Aubry et Rau, IV, § 384, texte et note 12, p. 570 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n^{os} 729-730 ; Laurent, XXVI, n^o 391.

¹ *Suprà*, n^o 314.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n^o 729 ; Laurent, XXVI, n^o 390.

³ *Cours de droit commercial*, IV, n^{os} 1065-1066. — *Sic* Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n^{os} 906-907.

Nous avons déjà répondu à cette objection, à propos de l'interdiction. Il est conforme au droit et à l'équité que, la société étant dissoute de plein droit, par la seule force de la loi, tous les intéressés puissent invoquer cette dissolution. L'associé ruiné et ses ayants cause ne se font pas une arme de cette ruine, mais ils demandent l'application des conséquences que la loi y attache, et nous ne voyons pas à quel titre on pourrait les en empêcher.¹

320. — Le Code civil Espagnol de 1889, dans son article 1700, assimile à la déconfiture la saisie et la vente de la part de l'un des associés, à la requête de ses créanciers personnels.² Cette addition nous paraît heureuse, car la marche de la société est singulièrement entravée par la vente sur expropriation de la part de l'un des associés, et les inconvénients qui résultent de cette situation pour les autres associés nous paraissent assez graves pour entraîner la dissolution de la société.

¹ Duranton, XVII, n° 445 ; Aubry et Rau, IV, § 381, texte et note 8, p. 560.

² Lehr, *Éléments de droit civil Espagnol*, II, p. 305 ; Levé, *Code civil Espagnol*, p. 321.

SECTION II

Des cas dans lesquels la dissolution de la société n'a pas lieu de plein droit.

321. — Il faut, pour déterminer les cas dans lesquels la dissolution de la société n'a pas lieu de plein droit, distinguer les sociétés dont la durée est illimitée de celles qui ne sont contractées que pour un certain temps. Les premières en effet sont dissoutes par la seule volonté de l'une des parties, aux termes de l'article 1869, tandis que, d'après l'article 1871, la dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée que pour de justes motifs.

Aussi allons-nous diviser cette section en deux paragraphes :

§ I. — *De la dissolution des sociétés à durée illimitée par la volonté de l'une des parties ;*

§ II. — *De la dissolution des sociétés à terme pour justes motifs.*

§ I

De la dissolution des sociétés à durée illimitée par la volonté de l'une des parties.

322. — L'article 1869 pose en principe que toutes les sociétés dont la durée est illimitée peuvent être dissoutes « par la volonté de l'une des parties. »

C'était la solution déjà donnée en droit Romain et dans notre ancien droit :

« *Dissociamur renuntiatione.* »¹

Domat explique très bien d'où vient cette dérogation aux règles ordinaires des contrats, qui peuvent se dissoudre par le *mutuel dissentiment*, par la volonté unanime des contractants de rompre le lien qu'ils ont formé, mais qui ne peuvent pas d'ordinaire être rompus par la volonté d'un seul :

« La liaison des associés, dit-il, étant fondée sur le choix réciproque qu'ils font les uns des autres, et sur l'espérance de quelque profit, il est libre à chacun des associés de sortir de la société lorsque bon lui semble, soit que l'union manque entre les associés, ou par quelque absence nécessaire, ou d'autres affaires rendent la société onéreuse à celui qui veut en sortir, ou qui n'agrée pas un commerce que veut faire la société, ou qu'il n'y trouve pas son compte, ou pour d'autres causes. Et il peut y renoncer sans le consentement des autres, même avant le terme où elle doit finir, et quand il aurait été convenu qu'on ne pourrait interrompre la société... »²

On faisait d'ailleurs la distinction que le Code reproduit entre les sociétés à durée illimitée et les sociétés à terme :

« Il faut, dit Pothier, distinguer les sociétés qui ont été contractées sans aucune limitation de temps et celles qui l'ont été pour un certain temps limité. *A l'égard des premières*, un seul des associés peut dissoudre la société. »³

323. — Quels sont les motifs de cette distinction entre les sociétés à durée illimitée et les sociétés à terme ? C'est que, dans les sociétés à durée illimitée, si la discorde vient à régner entre les associés, ou si le désaccord se met entre eux sur la manière dont la société doit continuer ses opérations, ou sur les opérations nouvelles qu'elle doit entreprendre, le lien de la société deviendra intolérable, et cha-

¹ L. 4, § 1, D., *Pro socio* (XVII, II).

² *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section V, § 2.

³ *Du Contrat de Société*, n° 149.

que jour ne fera qu'augmenter le désaccord ou la discorde. Les associés, sachant qu'ils sont liés pour la vie et constatant qu'ils ne peuvent pas s'entendre, seront à la fois découragés et irrités par la situation sans issue dans laquelle ils sont placés, et il serait à craindre que les intérêts de la société ne fussent gravement compromis par la prolongation d'un tel état de choses. Voilà pourquoi le législateur a apporté une exception au principe que les contrats ne peuvent être résolus par la volonté d'une seule des parties, et, en tenant compte de la perpétuité du lien social et de l'entrave que cette perpétuité apporte à la liberté des associés, il a permis de dissoudre ce contrat par la volonté d'un seul.

Au contraire, dans les sociétés à terme, si le désaccord ou la discorde constituent aussi une lourde entrave à la prospérité de la société, au moins les associés savent qu'ils ne sont liés que pour un temps, et on peut légitimement espérer que la perspective de voir arriver la fin du contrat leur fera supporter avec plus de calme les inconvénients résultant du défaut d'entente. Dans tous les cas, dans une société à terme, le mal, diminué dans sa durée et à cause de cela probablement atténué dans son intensité, n'est pas assez grand pour que le législateur se soit déterminé à autoriser la rupture du contrat par la volonté d'un seul des contractants.

324. — Dans quels cas une société est-elle contractée pour une *durée illimitée* ? Nous avons déjà rencontré une question analogue au Titre *du Louage*, en étudiant l'article 1780, aux termes duquel on ne peut engager ses services « *qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée* » ; et nous croyons qu'il faut interpréter l'article 1869 à l'aide des mêmes principes qui nous ont servi à interpréter l'article 1780.¹

Ces principes peuvent se formuler de la manière suivante : la durée d'une société est illimitée lorsque le contrat

¹ *Compar.* notre *Traité du Louage*, II, n° 710 et suiv.

de société ne lui assigne pas un terme, ou lui assigne un terme plus long que la vie humaine, et que, d'un autre côté, la nature de l'entreprise pour laquelle la société est fondée ne limite pas sa durée à un temps inférieur à la vie des associés. Au contraire, la société sera à terme dans le cas où sa durée est limitée à un temps moins long que la vie des associés, soit par une clause formelle de l'acte de société, soit par la nature de l'opération en vue de laquelle la société est créée.

C'est ainsi, par exemple, que la société contractée à vie, que la société contractée pour une période de 99 ans, que la société créée pour l'exploitation d'une mine, seront des sociétés à durée illimitée, bien que, dans le sens rigoureux des mots, elles soient toutes les trois des sociétés à terme, l'une à terme certain, les deux autres à terme incertain ; mais, dans les trois hypothèses que nous venons d'indiquer, la durée de la société est plus longue que celle de la vie des associés, et cela suffit pour que, dans la pensée de la loi, on doive considérer la durée de la société comme illimitée.

Nous fondons cette interprétation des mots « société à durée illimitée, société à terme, » comme nous avons fondé l'interprétation de l'article 1780, sur les motifs qui ont guidé le législateur : ces deux textes sont, sous des aspects très différents, des applications de la même idée. La loi ne veut pas que le domestique engage sa liberté pour toute sa vie, et, quant à l'associé, s'il a contracté une société pour toute sa vie, la loi, tout en reconnaissant la validité de cet engagement moins étroit que celui du domestique, vient à son aide et lui permet de le rompre, lorsque le lien du contrat est devenu intolérable.

En se plaçant à ce point de vue, on ne doit s'attacher qu'à une chose : l'associé est-il engagé *pour toute sa vie*, soit directement, le contrat de société étant fait à vie ; soit indirectement, la société étant contractée pour une durée illimitée, et la nature de ses opérations devant durer plus

que la vie humaine, comme l'exploitation d'une mine ; ou pour une durée limitée, mais supérieure à la vie humaine, comme la société créée pour 99 ans dont nous venons de parler. Dans ces différents cas, l'intérêt qui s'attache à la situation de l'associé est le même : sa liberté est entravée par un contrat d'association qui ne doit finir qu'avec lui, et la loi l'autorise à rompre un lien devenu trop lourd.

325. — Le système que nous proposons, pour l'interprétation de l'article 1869, est loin d'être unanimement accepté.

Une opinion enseigne que toute société contractée pour une entreprise déterminée, la durée de cette entreprise fût-elle certainement inférieure à la durée de la vie, peut être dissoute par la volonté d'un seul des associés. Tel est l'avis de Pothier, qui suppose que l'un des associés peut renoncer à une société constituée en vue de l'achat et de la revente d'une bibliothèque.¹ Tel est aussi le système de M. Duranton, qui donne les motifs suivants en faveur de sa théorie :

« Restreindre le mode de dissolution par la seule vo-
 « lonté des parties aux sociétés qui ne seraient ni à terme
 « fixe, ni pour une affaire limitée par sa nature, ce serait
 « vouloir que ce mode de dissolution ne fût applicable
 « pour ainsi dire qu'aux sociétés universelles.... ; car la
 « plupart des autres sociétés qui ne sont point contractées
 « à temps le sont pour une entreprise déterminée, pour
 « une affaire limitée ; et il est invraisemblable que les
 « rédacteurs du Code l'aient entendu ainsi, surtout si on
 « s'attache à l'article 1871, et si on le rapproche de l'ar-
 « ticle 1844, où évidemment l'on distingue les sociétés
 « pour une affaire déterminée et limitée dans sa durée,
 « des sociétés qui sont contractées pour un temps fixe,
 « par exemple pour quatre ans. »²

Nous avons par avance répondu à ces arguments. D'a-

¹ *Du Contrat de Société*, n° 150.

² XVII, n° 476.

bord dans la théorie que nous proposons, toutes les sociétés contractées pour une affaire déterminée ne sont pas soustraites à ce mode de dissolution, mais seulement celles dont la durée est certainement inférieure à la durée de la vie, ce qui restreint la portée de l'exception. En second lieu, la durée d'une société peut être limitée de deux manières, expressément, par une clause du contrat, et tacitement, par la nature de l'opération entreprise ; et nous ne voyons pas de bonne raison pour que la limite tacitement imposée ne produise pas les mêmes effets qu'une limite expressément fixée. Du moment où il est certain qu'une société ne durera que quatre ans, on devra la traiter comme une société d'une durée de quatre ans, et non pas comme une société dans laquelle les associés se seraient liés pour leur vie.

326. — L'opinion que nous défendons est combattue, à un autre point de vue, par M. Bravard-Veyrières, qui soutient que la société contractée pour la durée de la vie des associés est une société à durée limitée, dont la dissolution ne peut émaner de la volonté d'un seul des associés.

L'argumentation de M. Bravard-Veyrières peut se résumer en trois motifs principaux.

En premier lieu, la société dont le terme est fixé, si éloigné qu'il puisse être, n'est pas une société à durée illimitée ; et tel est le cas d'une société contractée pour la vie des associés : il y a un terme fixé, plus ou moins long, mais il y a un terme.

En second lieu, les associés, en fixant la durée de la société d'après la durée de leur vie, ont fait une convention parfaitement licite, et qui doit être respectée. Ils auraient pu assigner à la société une durée de quarante ou cinquante années, terme qui, suivant les circonstances, pourrait être plus éloigné que celui de leur vie, et ils ne pourraient pas alors dissoudre la société par leur seule volonté. Il en sera de même s'ils ont voulu que la société durât autant que leur vie.

Enfin, M. Bravard-Veyrières invoque l'analogie des sociétés relatives à l'exploitation des mines : « Dans l'acte
« constitutif de cette société, dit-il, on stipule presque tou-
« jours qu'elle durera jusqu'à l'entier épuisement de la
« mine, ce qui peut comprendre une durée de plusieurs
« siècles ; et cependant on n'a jamais prétendu que ces
« sociétés pussent être dissoutes par la volonté d'un seul
« des associés. »¹

A propos de ce dernier argument, le savant éditeur et annotateur de M. Bravard-Veyrières, M. Demangeat, fait remarquer qu'on l'a si bien prétendu que la Cour de cassation l'a jugé *in terminis* en 1859 ;² et nous croyons, ainsi que nous l'avons dit en exposant notre système, que l'on a bien fait de le décider ainsi. Nous pouvons donc négliger de répondre à cet argument, qui n'est en réalité qu'un autre aspect de la même controverse. Nous aurons d'ailleurs à examiner une objection spéciale aux sociétés de mines, lorsque nous étudierons ces sociétés, dans le *deuxième Appendice* à ce Traité.

Il nous reste à réfuter les deux premiers motifs donnés par M. Bravard-Veyrières, et voici comment nous y répondrons. Si, dans le sens littéral des mots, il est vrai de dire qu'une société n'est pas illimitée quand elle a un terme assigné, si éloigné qu'il soit, nous croyons, comme nous l'avons dit, que, dans la matière des sociétés le mot « à temps » est pris dans le sens où le prend l'article 1780, et qu'il faut opposer les « sociétés à temps ou à terme » aux sociétés « à vie ». Quant à l'argument tiré de ce qu'une société, dont le terme fixé serait plus long que la vie des associés, ne pourrait être dissoute par la volonté d'un seul, nous avons dit que, dans notre pensée, une société de ce genre devait être assimilée à une société contractée pour la vie des associés, ou à une société minière :

¹ Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, I, p. 404-405.

² Cassation, 1^{er} juin 1859, Sirey, 61, I, 113, et Dalloz, 59, I, 244.

là encore, il n'y a pas un argument, mais l'indication d'un autre aspect de la même question.¹

327. — Pour que la volonté de l'un des associés opère la dissolution de la société à durée illimitée, il faut, d'après l'article 1869, que cette renonciation soit « *de bonne foi, et non faite à contre-temps.* »

Déjà les lois Romaines, et après elles Domat, avaient indiqué la nécessité de ces deux conditions pour que la dissolution de la société pût avoir lieu :

« *Cassius scripsit, eum, qui renunciaverit societati, à se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare : quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit.* »²

« *Si intempestivè renuntietur societati, esse pro socio actionem* »³

« L'associé, disait Domat, peut renoncer à la société sans le consentement des autres..., pourvu que ce ne soit pas de mauvaise foi qu'il y renonce, comme s'il quittait pour acheter seul ce que la société voulait acheter, ou pour faire quelque autre profit au préjudice des autres par sa rupture, ou qu'il ne quitte pas lorsqu'il y a quelque affaire commencée, et dans un contre-temps qui causât quelque perte ou quelque dommage. »⁴

328. — La renonciation de l'associé ne sera pas faite de bonne foi, lorsqu'elle aura pour but, par exemple, de permettre à l'associé de faire pour lui un marché avantageux que l'on était sur le point de réaliser pour la société. C'est l'exemple que donnait la loi Romaine d'un marché fait *dolo malo*,⁵ et que l'article 1870, 1, fournit aussi.

¹ *Compar.* Troplong, *Du Contrat de Société*, n° 967 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 453 ; Aubry et Rau, IV, § 384, texte et note 13, p. 570 ; Pont, *Du Contrat de Société*, nos 737-738 ; Laurent, XXVI, n° 395. — *Adde* Cassation, 13 juillet 1868, Sirey, 68, I, 449, et Dalloz, 69, I, 137.

² L. 65, § 4, D., *Pro socio* (XVII, II).

³ L. 14, D., *Pro socio* (XVII, II).

⁴ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section V, § 2.

⁵ L. 65, § 4, D., *Pro socio* (XVII, II).

Il en sera de même si, dans une société universelle, un associé renonce à la société pour profiter seul de la jouissance des biens d'une succession qui va bientôt s'ouvrir à son profit, jouissance qui fût tombée dans la société, cessant la dissolution.¹

329. — La renonciation de l'associé est faite à contre-temps lorsqu'elle intervient à une époque inopportune pour les intérêts de la société, et comme le dit l'article 1870, 2, « lorsque les choses ne sont plus entières, et qu'il « importe à la société que sa dissolution soit différée. » C'est ce qui arriverait, par exemple, si, au moment où la dissolution est demandée, la société avait de gros approvisionnements, qu'il importe d'écouler avant de liquider la société; ou bien encore si l'époque où l'associé renonce n'était pas favorable pour la vente des choses qui forment le patrimoine de la société.²

330. — Si la renonciation est faite de mauvaise foi ou à contre-temps, l'effet qu'elle doit produire est déterminé par l'article 1869 : « La dissolution s'opère par une renon-
« ciation..... *pourvu que* cette renonciation soit de bonne
« foi, et non faite à contre-temps. » La renonciation est donc nulle et elle ne pourra produire aucun effet, si elle est faite de mauvaise foi ou à contre-temps. Mais cette nullité n'est qu'une nullité relative, proposable seulement par les associés au préjudice desquels elle a été faite : si ceux-ci ne l'invoquent pas, l'associé qui a renoncé est lié par sa renonciation, et la société devra être dissoute.³

331. — La renonciation par l'un des associés n'est valable et n'opère la dissolution de la société que si elle est « notifiée à tous les associés », ainsi que le décide l'article

¹ L. 65, § 3, D., *Pro socio* (XVII, II). — Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 150.

² L. 65, § 5, D., *Pro socio* (XVII, II). — Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 151, Laurent, XXVI, n° 398.

³ Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 460; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 751; Laurent, XXVI, n° 398.

1869. Mais ce texte, qui exige une notification, ne prescrit aucune forme particulière dans laquelle elle doit être faite.

Il suit de là que, sauf la difficulté de la preuve, qui ne pourrait être reçue par témoins au-delà de cent cinquante francs, la notification peut être faite de toute manière, même verbalement. L'expression de « notification » éveille l'idée d'un exploit d'huissier, et nous croyons en effet que l'associé fera sagement d'employer ce procédé, au moyen duquel il a dans les mains la preuve irrécusable que la notification a été faite, puisqu'il a l'original de la notification ; mais il peut prendre un autre moyen, par exemple l'envoi d'une lettre chargée, etc...

M. Pont enseigne que si l'associé, qui a fait la notification, veut prouver qu'elle a été agréée de ses associés, il ne pourra en faire la preuve qu'au moyen d'un acte soumis aux formalités de l'article 1325, c'est-à-dire fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.¹

Nous pensons, avec M. Laurent,² que cette doctrine doit être repoussée. L'associé qui a fait la notification n'a pas à prouver qu'elle a été *agréée* par les autres associés, du consentement desquels il n'a pas besoin : il doit seulement prouver qu'elle a été *connue* d'eux. Il s'agit d'un acte unilatéral, qui vaut par l'expression de la seule volonté de l'associé qui veut renoncer à la société, et non d'un acte synallagmatique. Il n'est donc pas soumis à la formalité des doubles, mais seulement à la nécessité d'une preuve écrite au-dessus de cent cinquante francs.

Si la renonciation n'a pas été notifiée, mais que cependant les autres associés en aient été avisés, eux seuls pourront se prévaloir du défaut de notification ; et, s'ils veulent consentir à la dissolution de la société, l'associé qui n'a pas notifié sa volonté ne pourra se prévaloir de l'absence de cette formalité, pour empêcher la dissolution qu'il avait voulue.³

¹ *Du Contrat de Société*, n° 746.

² XXVI, n° 399.

³ Duranton, XVII, n° 477 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 459.

332. — Le droit pour les associés de demander la dissolution de la société à leur gré, lorsque la durée de la société est illimitée, est tellement essentiel pour garantir leur liberté qu'ils ne peuvent s'interdire d'une façon absolue l'exercice de ce droit.

C'était déjà ce que disait Domat :

« Chacun des associés peut renoncer à la société sans le consentement des autres, même avant le terme où elle doit finir, *et quand il aurait été convenu qu'on ne pourrait interrompre la société.* »¹

Si en effet l'on permettait d'insérer une clause d'interdiction de ce genre dans les actes de sociétés contractées pour une durée illimitée, ces clauses y deviendraient de style; et les associés seraient liés, pour leur vie, à une société dont les opérations pourraient être gravement compromises par le défaut de concorde, ou d'unité de vues entre les associés. Le caractère d'intérêt général de la disposition de l'article 1869 s'oppose à ce que le contrat de société puisse porter atteinte à une faculté aussi essentielle.²

Nous aurons seulement à examiner, lorsque nous étudierons les règles spéciales aux sociétés de mines, si ce principe s'applique à ces sociétés aussi bien qu'aux sociétés ordinaires.

333. — Si l'on n'admet pas que l'associé s'interdise d'une façon absolue le droit de renoncer à une société dont la durée est illimitée, on reconnaît généralement qu'il peut substituer à cette faculté de renonciation un moyen équivalent, le droit de céder sa part sociale à un tiers, qui prendra sa place dans la société.

Sans doute ce moyen indirect n'est pas tout à fait aussi efficace que le droit absolu de renonciation, en ce sens que l'associé ne pourra sortir de la société qu'en trouvant un

¹ *Les Lois civiles*, Livre I, Titre VIII, Section V, § 2.

² Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 973; Aubry et Rau, IV, § 384, texte et note 15, p. 571; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 742; Laurent, XXVI, n° 396.

tiers pour prendre sa place ; mais, du moment où la société est prospère, ce n'est là qu'une question de temps, et, finalement, l'associé pourra toujours se débarrasser des liens du contrat. D'un autre côté, le droit de rompre un contrat par la volonté d'une seule des parties est un droit exorbitant, et il n'y a pas lieu de l'accorder aux associés qui peuvent se soustraire autrement à la perpétuité du contrat, lors même que le moyen à eux accordé présenterait des difficultés.

Il suit de là que si le fonds social est divisé en actions, ou en parts d'intérêts dont la cessibilité est autorisée par l'acte de société, les associés n'auront pas le droit de renoncer à la société ; il n'y a même pas besoin d'une stipulation expresse pour leur enlever ce droit, le seul fait de la division du fonds social en actions, ou en parts d'intérêts cessibles, leur donnant une faculté équivalente à celle que leur accorde l'article 1869.¹

Mais il faut, pour que cette faculté puisse remplacer celle de l'article 1869, qu'elle soit absolue pour l'associé ; et, si la cession par l'associé de son action ou de sa part d'intérêt est soumise, comme il arrive quelquefois, à des conditions qui en paralysent l'exercice, par exemple au consentement du conseil d'administration de la société, chaque associé conserve le droit de renonciation de l'article 1869.²

¹ Cassation, 6 décembre 1843, Sirey, 44, I, 22 ; Cassation, 13 juillet 1868, Dalloz, 69, I, 137. — Aubry et Rau, IV, § 384, texte et note 16, p. 571 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n^{os} 740-744. — Voir, toutefois, Laurent, XXVI, n^o 397.

² Cassation, 1^{er} juillet 1859, Sirey, 61, I, 113, et Dalloz, 59, I, 244. — Pont, *Note*, Sirey, 1861, I, 113.

§ II

De la dissolution des sociétés à terme pour de justes motifs.

334. — L'article 1871 consacre, dans les termes suivants, le principe que les sociétés à terme peuvent être dissoutes pour cause légitime :

« La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés, avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges. »

Nous venons de dire ce qu'il fallait entendre par sociétés à terme, dans le sens des articles 1869 et 1871, et nous avons indiqué les motifs pour lesquels, dans ces sociétés, la dissolution ne pouvait être demandée par la seule volonté de l'un des associés, mais seulement *pour cause légitime*, et nous n'avons pas à y revenir. ¹

De l'article 1871 il résulte que le législateur n'a pas énuméré les justes motifs qui peuvent autoriser l'un des associés à demander la dissolution de la société : les causes qu'il indique, manquement de l'un des associés à ses engagements, infirmité habituelle, ne le sont qu'à titre d'exemple. C'est ce qui résulte de la forme même du texte, « *comme lorsqu'un des associés manque à ses engagements....., ou autres cas semblables* dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage du juge. »

La doctrine ancienne et moderne, et la jurisprudence nous fournissent de nombreux exemples de causes pouvant amener la dissolution judiciaire de la société. Nous citerons,

¹ *Suprà*, n° 323.

en outre des deux cas que l'article 1871 prévoit textuellement, le manquement de l'un des associés à ses engagements¹ et l'infirmité habituelle, qui rend l'un des associés inhabile aux affaires de la société,² les exemples suivants : la mésintelligence grave entre les associés ;³ les malversations de l'un des associés ;⁴ les prélèvements exagérés faits par l'un d'eux ;⁵ l'absence de bénéfices ;⁶ l'opposition persistante d'un associé à des mesures utiles à la société ;⁷ l'absence de l'un des associés ;⁸ la dation d'un conseil judiciaire,⁹ etc...

L'idée générale à laquelle il faut rattacher ces différentes applications est l'idée suivante : la dissolution peut être demandée et doit être prononcée toutes les fois que la prolongation de la société mettrait en péril l'intérêt social, ou l'intérêt de quelques-uns des associés. La dissolution judiciaire des sociétés à terme peut être comparée, *mutatis mutandis*, à la séparation de biens, dans la communauté de biens entre époux : de même que la séparation de biens a pour but de sauvegarder les droits de la femme, lorsqu'ils se trouvent en péril, de même la dissolution judiciaire est donnée aux associés pour protéger leurs intérêts, s'ils doivent se trouver compromis par une plus longue durée de l'association.

¹ Cassation, 27 mars 1844, Sirey, 45, I, 212 ; Bordeaux, 29 juillet 1857, Dalloz, 58, II, 115 ; Tribunal de la Seine, 4 février 1889, Sirey, 89, II, 47.

² Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 152.

³ Aix, 18 juin 1822, Sirey, c. n., VII, II, 86 ; Grenoble, 20 mars 1863, Sirey, 63, II, 108, et Dalloz, 63, V, 237 ; Lyon, 12 janvier 1882, Sirey, 82, II, 118, et Dalloz, 83, II, 12 ; Orléans, 19 novembre 1887, Dalloz, 88, II, 162.

⁴ L. 14, D., *Pro socio* (XVII, II).

⁵ Cassation, 21 février 1888, Sirey, 88, I, 152 ; Dalloz, 89, V, 429 ; et *France Judiciaire*, 88, II, 207.

⁶ Cour suprême d'Autriche, 30 juin 1887, *Pandectes françaises*, 87, V, 39.

⁷ Aubry et Rau, IV, § 382, p. 564. — *Suprà*, n° 148.

⁸ *Suprà*, n° 309.

⁹ *Suprà*, n° 313.

335. — Il résulte, tant du texte de l'article 4871 que du caractère de la mission que ce texte donne aux juges, que la question de savoir s'il y a ou non cause légitime de dissolution de la société est une question *de fait*, qui devra être souverainement appréciée par les juges du fait. « La « légitimité et la gravité (des cas) sont laissées à l'arbitrage « des juges », dit l'article 4871 ; et comme l'examen de ces circonstances est une question de fait, elle échappe à la censure de la Cour de cassation.¹

336. — Le droit de demander la dissolution de la société pour cause légitime est, comme le droit de renonciation dans les sociétés à durée illimitée, un droit essentiel, auquel les associés ne peuvent renoncer par avance : comprendrait-on en effet que les associés eussent le droit de s'interdire de demander la dissolution, pour le cas où il serait démontré que la société marche à sa ruine, ou bien encore au cas où la mésintelligence est telle qu'il est impossible de s'entendre sur la direction à donner aux affaires sociales ? Le droit de demander la dissolution de la société dans de telles hypothèses est d'ordre public, et ne peut être l'objet d'une renonciation faite à l'avance par les associés.²

337. — Lorsque la demande en dissolution de la société a pour cause la faute de l'un des associés, l'inexécution par lui de ses engagements, ou son refus de concourir aux opérations sociales, cette demande ne peut être formée que par les autres associés, et non par celui dont la faute motive la dissolution.

La Cour de Lyon a jugé le contraire : elle a décidé que si l'un des associés se refuse à agir dans l'intérêt de la société et forme une demande en dissolution, cette demande doit être

¹ Cassation, 15 juin 1853, Sirey, 53, I, 700, et Dalloz, 53, I, 249 ; Cassation, 16 juin 1873, Sirey, 73, I, 386, et Dalloz, 74, I, 61 ; Cassation, 15 novembre 1876, Sirey, 78, I, 251, et Dalloz, 78, I, 124 ; Cassation, 15 mars 1881, Sirey, 81, I, 221, et Dalloz, 82, I, 421. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 758 ; Laurent, XXVI, n° 406.

² Aubry et Rau, IV, § 384, texte et note 20, p. 571.

accueillie, sauf le droit pour les autres associés d'obtenir contre lui des dommages et intérêts.¹

Mais cette décision est restée et devait rester isolée. Il est en effet contraire aux principes généraux du droit que celui qui a commis une faute puisse s'armer de sa faute, pour provoquer la rupture d'un contrat qui le lie. D'un autre côté, il est contraire aux règles de la société, et en particulier à l'article 1869 que la dissolution d'une société à terme puisse être provoquée par la volonté d'un seul des associés ; et c'est ce qui arriverait s'il était loisible à l'un des associés d'enfreindre les règles du contrat, puis de se servir de cette infraction pour demander la dissolution. Enfin cette théorie n'est pas moins contraire à l'article 1871, qui veut que la dissolution d'une société à terme ne soit demandée que pour une « *juste* » cause, et la cause de dissolution n'est pas « *juste* » pour l'associé qui l'a fait naître.²

338. — Si la cause de la dissolution vient d'un fait imputable à l'un des associés, mais involontaire de sa part, comme une infirmité habituelle le rendant inhabile aux affaires de la société, nous croyons au contraire que l'associé infirme pourrait obtenir la dissolution, malgré la résistance de ses associés. La situation est en effet toute différente : l'associé n'a commis aucune faute, la cause pour laquelle il demande la dissolution est une « *juste* » cause, et, en présence de l'infirmité dont il est atteint, il doit être juge, lui aussi, de l'opportunité qu'il y a pour ses intérêts à ne pas rester dans les liens d'une société dont il ne peut plus contrôler les opérations.³

¹ Lyon, 18 mai 1823, Sirey, c. n., VII, II, 216.

² Aix, 18 juin 1822, Sirey, c. n., VII, II, 215. — Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 990 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 449 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 763 ; Laurent, XXVI, n° 404.

³ Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 152 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 992 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 451 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 762.

339. — Si la dissolution de la société est prononcée à raison d'une faute de l'un des associés, inexécution de ses engagements, refus de concours pour les affaires sociales, défaut de caractère rendant impossible l'entente avec ses associés, etc..., l'associé dont la faute aura été constatée devra être condamné à des dommages et intérêts vis-à-vis de ses associés : ces dommages et intérêts devront être égaux au préjudice que leur cause la dissolution de la société avant le terme fixé. Ce n'est pas là une solution spéciale au contrat de société, mais l'application d'une règle de droit commun, en vertu de laquelle le contractant, qui se refuse à l'exécution des engagements qu'il a pris, doit réparer le préjudice que son mauvais vouloir occasionne à l'autre partie.¹

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 761.

CHAPITRE II

DU PARTAGE DU FONDS SOCIAL.

340. — Nous étudierons, à propos du partage du fonds social, les trois questions suivantes, qui vont former la division de ce chapitre :

- I. — *Dans quels cas et par qui le partage peut être demandé ;*
- II. — *Comment on doit y procéder ;*
- III. — *Des effets du partage.*

SECTION I

Dans quels cas et par qui le partage peut être demandé.

341. — Dès que la société est dissoute, soit par l'arrivée du terme ou par un des autres événements qui y mettent fin de plein droit, soit par une décision judiciaire, le partage peut en être demandé. Le droit de demander le partage est en effet la conséquence de la dissolution de la société, puisque nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision.

Nous croyons toutefois que les associés pourraient convenir de demeurer dans l'indivision, pour faciliter la liquidation de la société, pendant un temps qui n'excéderait pas cinq ans. C'est la disposition de l'article 815 dans la matière du partage des successions, et, comme l'article 1872 renvoie aux règles concernant le partage des successions, quant à la forme du partage des sociétés et aux obligations qui en résultent, il y a déjà là un motif pour appliquer l'exception de l'article 815. D'ailleurs, l'utilité de cette disposition n'est pas moins grande dans la matière des sociétés que dans celle des successions ; une liquidation immédiate pourrait, à raison des circonstances, être désastreuse, tandis que les intérêts des associés seront sauvegardés si on attend un moment propice pour sortir d'indivision.

M. Duvergier combat l'application de l'article 815 au partage des sociétés ;¹ mais son argumentation nous paraît reposer sur une confusion. Il discute en effet, en même

¹ *Du Contrat de Société*, n^{os} 415 et 473.

temps et comme si elles étaient analogues, deux questions bien différentes, l'application de l'article 815 pendant la durée de la société et son application à sa dissolution : nous croyons tout à fait, avec M. Duvergier, que l'article 815 est inapplicable à la société tant qu'elle dure, et que les associés peuvent convenir de rester associés pendant plus de cinq ans, sans que l'un d'eux puisse demander le partage. Mais, une fois la société dissoute, nous ne voyons aucun motif pour ne pas appliquer la disposition de l'article 815, disposition aussi utile en matière de société qu'en matière de succession.¹

342. — L'action en partage peut être intentée par chaque associé, par les héritiers de l'associé prédécédé, ou par les créanciers de l'un des associés, exerçant les droits de son débiteur dans les termes de l'article 1166.

Cette action doit être intentée contre tous les autres associés, et, si elle était formée contre un seul, celui-ci pourrait exiger la mise en cause des autres intéressés.

L'apposition des scellés, qui est de droit en matière de succession, ne doit être autorisée qu'avec prudence en matière de société. Souvent en effet il y a des affaires en cours au moment de la dissolution de la société, et il ne faut pas que l'apposition des scellés vienne les entraver.² Mais, d'un autre côté, il ne peut pas se faire que faute d'apposition de scellés, les créanciers de la société soient privés du droit de faire constater l'existence du patrimoine social. Le juge qui autorise l'apposition des scellés devra, pour concilier ces différents intérêts, prescrire les mesures qui pourront permettre la continuation des opérations sociales, la remise après description des livres et des valeurs de la société, etc...³

¹ Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, I, p. 462-463 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 778.

² Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 1057 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 787.

³ Cassation, 23 juillet 1872, Sirey, 72, I, 324, et Dalloz, 73, I, 335. — Laurent, XXVI, n° 412.

Souvent, pour éviter les inconvénients qui résultent de l'apposition des scellés, l'acte de société porte qu'il n'en sera pas apposé lors de la dissolution de la société : mais cette clause, qui lie les associés et leurs héritiers, n'est pas opposable aux tiers, par exemple aux créanciers de la société,¹ ou à l'héritier *réserveataire*, s'il apparaît que sa réserve a pu être entamée par la constitution ou le fonctionnement de la société.²

3-13. — Le partage ne peut être demandé que pour la totalité de l'actif social, et non pour un des objets compris dans cet actif, de même qu'un héritier ne pourrait pas demander le partage isolé d'un bien de la succession.³

Il n'en pourrait être différemment que si quelques-uns des associés avaient fait une opération particulière, en dehors des opérations sociales : alors l'un d'eux pourrait demander le partage de l'objet de cette opération, car cet objet ne fait pas partie du fonds social.⁴

3-14. — La nullité d'une société, créée dans un but d'intérêt licite, ne fait pas obstacle à ce que le partage en soit demandé. Que la société soit nulle ou valable, il y a eu entre les prétendus associés des rapports de fait qui doivent se liquider de manière que l'un d'eux ne s'enrichisse pas aux dépens des autres : des opérations ont été faites en commun, des capitaux fournis par les prétendus associés, des biens achetés, etc..., et il ne peut pas se faire que celui qui détient les valeurs provenant de ces diverses opérations les conserve. Chacun des intéressés a donc le droit d'intenter contre les autres l'action en partage, comme si la société avait été régulièrement constituée.⁵

¹ Cassation, *Arrêt précité* du 23 juillet 1872.

² Nancy, 24 janvier 1846, Dalloz, 46, II, 119.

³ Bordeaux, 25 avril 1831, Sirey, 31, II, 314. — Laurent, XXVI, n° 408.

⁴ Cassation, 1^{er} mars 1853, Sirey, 53, I, 298, et Dalloz, 53, I, 65.

⁵ Dijon, 6 janvier 1876, et Cassation, 15 novembre 1876, Dalloz, 77, II, 70.

SECTION II

Comment on doit procéder au partage du fonds social.

345. — La première opération à faire pour arriver au partage de la société, comme au partage des successions, c'est de composer la masse à partager, qui se forme d'abord des biens existants dans le patrimoine de la société, puis des sommes ou valeurs dont les associés peuvent être débiteurs vis-à-vis d'elle.

Les biens existants comprennent tout l'actif social, de quelque nature qu'il soit, notamment le droit au bail des immeubles loués par la société,¹ l'exploitation du brevet d'invention que l'un des associés aurait apporté en société,² le nom ou le titre de la société.³

346. — Lorsque la masse des biens existants est formée, il y a lieu de procéder aux comptes entre les associés et la société.

Chaque associé reprend d'abord les choses qu'il a apportées dans la société pour la jouissance seulement, mais dont la propriété est restée la sienne, suivant les distinctions que nous avons proposées en étudiant l'article 1851.⁴

¹ Rouen, 15 mars 1827, Sirey, c. n., VIII, II, 346.

² Aix, 7 avril 1865, Sirey, 66, II, 357.

³ Rouen, 15 mars 1827, Sirey, c. n., VIII, II, 346 ; Cassation, 28 mars 1838, Sirey, 38, I, 304.

⁴ *Suprà*, n^o 152 et suiv.

Puis on procède aux comptes : on examine ce que chaque associé a pris dans la société, ce qu'il a payé ou fourni pour elle, et on en fait la balance. Pour ces opérations, les livres de la société font preuve pour ou contre les associés ; c'était déjà l'opinion de Pothier :

« Observez, dit-il, que dans le compte de ce qui a été reçu ou mis pour la société, le livre de société tenu par l'un des associés fait foi entre eux. »¹

On a objecté, contre cette théorie, les termes de l'article 1331, d'après lequel les registres et papiers domestiques ne forment point un titre, principe auquel les textes n'apportent d'exception qu'en matière commerciale. Mais la Cour de cassation a justement écarté l'application de l'article 1331, par le motif suivant : c'est que les écritures sociales ne sont point de simples papiers domestiques, appartenant à l'une des parties, comme les registres que vise l'article 1331 ; ce sont des *écritures communes*, et dès lors elles doivent faire foi entre tous les associés, puisqu'elles ont été tenues pour le compte de tous, et qu'elles ont été tenues précisément pour servir de preuve de la consistance du patrimoine social.²

347. — On devra appliquer, quant aux rapports à faire par les associés à la société, les articles 829 et 830, aux termes desquels, si le rapport à effectuer par un cohéritier n'est pas fait en nature, les cohéritiers à qui il est dû *prélèvent* une portion égale sur la masse de la succession.

Voici les motifs qui nous déterminent à adopter cette solution.

En premier lieu, l'article 1872 renvoie aux règles du partage des successions pour le partage des sociétés, d'où il suit que l'on doit appliquer à ces partages toutes les règles du titre I du Livre II du Code civil, à moins qu'il n'y ait un motif spécial pour en écarter l'application.

¹ *Du Contrat de Société*, n° 167.

² Cassation, 17 février 1869, Sirey, 69, I, 160, et Dalloz, 70, I, 40. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 779 ; Laurent, XXVI, n° 409.

En second lieu, bien loin qu'il y ait des raisons particulières pour écarter l'application des articles 829 et 830 dans le partage des sociétés, les motifs qui ont fait édicter ces textes pour le partage des successions existent avec la même force dans les deux cas. Ce que le législateur a voulu dans ces textes, c'est maintenir l'égalité entre les copartageants, et, si l'un d'eux ne peut rapporter en nature ce dont il est débiteur, permettre aux autres de s'indemniser en prenant une part plus forte dans la masse indivise. Or l'égalité n'est pas moins désirable entre associés qu'entre cohéritiers, et l'utilité des articles 829 et 830 ne s'impose pas moins dans le partage des sociétés que dans le partage des successions.

La jurisprudence a appliqué ces principes dans une hypothèse où ils présentent beaucoup d'intérêt, celle dans laquelle l'associé débiteur est tombé en faillite ; et l'on a décidé avec raison que les créanciers de l'associé en faillite ne pouvaient point, pas plus que l'associé lui-même, s'opposer au prélèvement par les autres associés d'une somme équivalente au rapport que celui-ci devrait faire. Les créanciers de l'associé en faillite, lorsqu'ils viennent exercer les droits de celui-ci dans la société ou dans la succession, ne sont que ses ayants cause, et la faillite de l'un des associés ne peut rendre pire la condition des autres, à propos du partage de la masse commune.

Ces principes ont été très bien exposés par la Cour de cassation dans l'arrêt suivant :

« Attendu qu'aux termes de l'article 1872 les règles concernant le partage des successions s'appliquent aux partages entre associés, à l'exception des dispositions qui, par leur nature, sont exclusivement propres aux partages des successions ;

« Attendu qu'en règle générale tout partage d'un actif social doit s'opérer au moyen d'une liquidation préalable dans laquelle il y a lieu de régler d'abord la situation de chacun des ayants-droit vis-à-vis des autres intéressés ;

« que si l'un des associés détient ou a reçu précédemment
 « des sommes ou valeurs faisant partie de l'actif commun,
 « le principe essentiel de l'égalité entre les copartageants
 « exige qu'il en fasse compte, en moins prenant, aux au-
 « tres ayants-droit, lesquels doivent être admis à prélever,
 « sur les biens composant la masse, une part égale à celle
 « dont ledit associé est déjà saisi ; qu'enfin les attributions
 « ainsi faites aux copartageants des divers éléments de l'ac-
 « tif à répartir sont reçues par eux, non à titre de créan-
 « ciers, mais à titre de co-propriétaires ;

« Attendu que la faillite personnelle de l'un des associés
 « déclarée avant le partage ne saurait changer ou modifier
 « l'application de ces principes ; qu'en effet le mode de
 « partage sus-indiqué s'impose au syndic qui représente
 « l'associé tombé en faillite, et ne peut avoir plus de droits
 « qu'il n'en aurait lui-même. »¹

348. — Malgré le renvoi fait par l'article 1872 aux règles du partage des successions, il y a certaines règles qui, à raison de leur caractère spécial, ne peuvent être étendues au partage des sociétés.

Nous citerons, en premier lieu, le retrait successoral, organisé contre le cessionnaire des droits d'un héritier par l'article 841. On se demande aussi, à propos du partage de la communauté de biens entre époux, s'il y a lieu à retrait, et nous avons répondu négativement.² Les raisons de décider sont les mêmes dans le partage des sociétés : les retraits constituent, dans notre droit moderne, une exception aux principes généraux, qui doit être limitée aux cas dans lesquels la loi autorise expressément le retrait. Ajoutons que, dans la société moins encore que dans la communauté, la présence d'un étranger ne peut offrir d'inconvénients : tout

¹ Cassation, 8 février 1882, Sirey, 82, I, 224 ; Dalloz, 82, I, 317 ; et *France Judiciaire*, 81-82, II, 493. — *Sic* Orléans, 14 mars 1883, Sirey, 83, II, 159, et Dalloz, 85, II, 25.

² Voir notre *Traité du Contrat de Mariage*, III, n° 1340.

a été organisé dans la société en vue du lucre, il n'y a aucun secret à cacher, et il n'y a pas, pour écarter l'étranger, les motifs d'intérêt de famille qui ont inspiré la disposition de l'article 841.¹

Les pénalités prononcées par l'article 792, contre le divertissement et le recélé, ne peuvent être non plus transportées dans la matière des sociétés, et cela pour plusieurs motifs. En premier lieu, les pénalités sont de droit strict, et ne peuvent être appliquées sans un texte précis : voilà pourquoi, lorsque le législateur a voulu les étendre à la communauté entre époux, il ne s'est pas contenté du renvoi général aux règles du partage écrit dans l'article 1476, il a déclaré dans l'article 1477 que l'époux serait privé de sa part dans les effets divertis ou recelés ; et il n'y a pas de texte pareil au Titre *De la Société*. En second lieu, le divertissement est beaucoup moins à redouter lors de la dissolution des sociétés qu'à l'ouverture d'une succession ou d'une communauté : l'actif social est connu des associés, et, si l'un d'eux est mort, les registres ou papiers de la société permettent à ses héritiers de reconstituer l'actif social, ce qui rend le divertissement très difficile, et par conséquent la pénalité moins nécessaire.²

349. — On ne doit pas non plus, à notre avis, appliquer aux sociétés les dispositions de l'article 836, aux ter-

¹ Paris, 7 juillet 1836, Sirey, 36, II, 458. — Duranton, XVII, n° 443 ; Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 1059 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 474 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 783 ; Laurent, XXVI, n° 411. — *Contrà*, Pardessus, *Traité de droit commercial*, IV, n° 1085.

² Angers, 22 mai 1851, Sirey, 51, II, 599, et Dalloz, 51, II, 164 ; Toulouse, 2 juin 1862, Sirey, 63, II, 41 ; Cassation, 28 août 1865, Sirey, 65, I, 463, et Dalloz, 65, I, 352. — Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, I, p. 477 ; Aubry et Rau, IV, § 385, texte et note 5, p. 573 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 787 ; Laurent, XXVI, n° 414. — *Compar.* Cassation, 20 janvier 1885, Sirey, 85, I, 299, et Dalloz, 85, I, 359. — *Contrà*, Pardessus, *Cours de droit commercial*, IV, n° 1087.

mes duquel les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ne sont dus qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession. Il faudra s'en tenir à la règle générale de l'article 1153, d'après laquelle les intérêts des sommes d'argent ne courent que du jour de la demande en justice, de telle sorte que si un associé est débiteur, les intérêts des sommes qu'il doit ne pourront lui être demandés que du jour où il sera cité en justice par son co-associé.

L'article 855 en effet a pour but le règlement d'une situation tout à fait étrangère à la matière des sociétés. Le cohéritier doit rapporter à la succession tout ce qu'il a reçu du défunt, et, dans la rigueur des principes, le rapport devrait comprendre non seulement le principal de la chose donnée, mais aussi les fruits et les intérêts produits depuis la donation : pour ne pas ruiner le donataire par l'obligation de restituer ces revenus qu'il a dépensés *lautius vivendo*, le législateur a, dans l'article 856, décidé qu'il n'en devrait le rapport que du jour de l'ouverture de la succession.

Rien de pareil n'existe dans les sociétés, où les rapports entre associés prennent leur source uniquement dans la convention qui les lie ; et il y a lieu dès lors de s'en tenir à la règle générale de l'article 1153.¹

350. — Il faut encore ranger parmi les dispositions relatives au partage des successions, qui ne doivent pas être appliquées au partage des sociétés, la disposition de l'article 882, qui ne permet pas aux créanciers personnels de l'un des co-partageants d'attaquer le partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans lui et au mépris d'une opposition qu'il aurait formée.

Nous avons, il est vrai, décidé que cette disposition était applicable au partage de la communauté entre époux,²

¹ Cassation, 24 février 1879, Sirey, 79, I, 169, et Dalloz, 79, I, 103.

² *Traité du Contrat de Mariage*, III, n° 1339.

mais nous croyons qu'il n'y a pas d'inconséquence à admettre ces deux solutions.

Au point de vue des textes, si nous n'avions pour décider la question que les articles 1476 et 1872, la solution devrait être la même en matière de communauté et en matière de société, car le renvoi fait par ces articles au titre *Des Successions* est prononcé à peu près dans les mêmes termes : mais la règle quant au droit des créanciers est écrite non pas dans l'article 882, mais dans l'article 1167, et c'est ce dernier texte qui conduit à faire la distinction que nous proposons. Il décide en effet, en principe, que les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, mais qu'ils doivent se conformer aux règles relatives à leurs droits insérées au titre *Des Successions* et au titre *Du Contrat de Mariage*. Il suit de cette disposition, qui ne se réfère pas au titre *Des Sociétés*, qu'il y a une exception au droit des créanciers en matière de succession et en matière de communauté, exception qui n'existe pas en matière de société, et ce ne peut être que l'exception de l'article 882.

Cette différence dans le droit des créanciers, suivant qu'il s'agit d'un partage de succession ou de communauté, d'un côté, et d'un partage de société, de l'autre, s'explique très bien par le motif suivant. L'ouverture d'une succession ou d'une communauté est un fait notoire, qui met les créanciers de l'héritier ou de l'époux en demeure de veiller sur leurs droits et d'intervenir dans le partage, pour éviter que ces droits ne soient lésés ; ils ne peuvent donc s'en prendre qu'à eux-mêmes. Au contraire la dissolution d'une société, surtout d'une société civile, peut être longtemps ignorée des créanciers des associés, et il n'eut pas été équitable de les priver du secours de l'action paulienne contre un partage auquel ils n'ont pas pu intervenir.

Ajoutons qu'en outre des intérêts pécuniaires, il y a dans les partages de succession et de communauté des intérêts de famille auxquels la loi n'a pas voulu qu'on portât facile-

ment atteinte ; tandis que, dans le partage des sociétés, il ne s'agit que d'intérêts pécuniaires, et la nullité du partage prononcée sur la demande des créanciers fraudés ne présentera pas les mêmes inconvénients.

Aussi doit-on décider que les créanciers personnels des associés peuvent intervenir, si bon leur semble, dans le partage de la société, mais que, s'ils ne sont pas intervenus, ils pourront attaquer ce partage comme étant fait en fraude de leurs droits.¹

351. — Au point de vue de la compétence, relativement à l'action en partage et aux actions qui naissent au cours des opérations de liquidation, on devra appliquer l'article 822, qui attribue compétence au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession : c'est donc devant le tribunal du lieu où la société était établie que ces actions devront être portées.²

Il n'en serait différemment, comme le fait remarquer exactement M. Pont,³ que si la société n'avait pas de siège fixe, ou si elle était liquidée au moment où une demande est formée contre elle :⁴ on devrait alors revenir à la règle de droit commun, et porter l'action devant le tribunal du domicile des défendeurs.

352. — Les biens composant l'actif social *net* seront partagés ou licités entre les associés, conformément aux règles établies au titre *Des successions* ; c'est-à-dire que, le partage en nature étant dans le vœu de la loi, on ne devra procéder à la licitation que si les biens sociaux ne peuvent

¹ Cassation, 20 novembre 1834, Sirey, 35, I, 131 ; Cassation, 9 juillet 1866, Sirey, 66, I, 361, et Dalloz, 66, I, 369. — Troplong, *Du Contrat de Société*, II, n° 1061 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 475 ; Aubry et Rau, IV, § 385, texte et note 6, p. 573 ; *Compar.* Laurent, XXVI, n° 413. — *Contrà*, Paris, 13 juin 1807, Sirey, c. n., II, II, 260.

² Pau, 2 février 1870, Sirey, 70, II, 139.

³ *Du Contrat de Société*, n° 798.

⁴ Cassation, 18 août 1840, Sirey, 40, I, 836.

être partagés commodément et sans perte, conformément à la règle de l'article 827.¹

Pour la formation des lots, on devra suivre la règle des articles 826 et 832, éviter de morceler les héritages, et faire entrer, autant que possible, la même quantité de meubles et d'immeubles dans chaque lot; et chaque héritier aura droit à sa part en nature des biens sociaux.²

Si l'acte de société porte que, dans le cas de décès de l'un des associés, la part revenant à sa succession sera réglée « d'après le dernier inventaire qui aura précédé le « décès », cette clause ne permet pas aux héritiers de l'associé de réclamer le paiement de la part qui leur revient *en argent*, mais seulement *en valeurs d'inventaire*. En principe, les droits des copartageants consistent à prendre une fraction de la masse indivise à répartir entre eux; et la clause que nous venons d'indiquer n'a pas pour but de déroger à cette règle, mais seulement d'éviter un inventaire au décès de l'associé, en se contentant des bases de l'inventaire qui a précédé la date de son décès.³

353. — Nous n'avons pas à indiquer ici la quotité de la part à laquelle chaque associé a droit dans la masse active de la société, pas plus que la proportion pour laquelle il doit contribuer dans les pertes : nous avons fait cette étude dans le chapitre IV de la troisième partie de ce Traité, en nous occupant *Du règlement des parts*.⁴

Signalons seulement, à ce propos, une disposition du Code civil Espagnol de 1889, en complet désaccord avec la règle de l'article 1853, 2. D'après ce texte en effet, la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à la part de l'associé qui a apporté le moins, dans le silence du con-

¹ Lyon, 23 juillet 1856, Sirey, 58, II, 204, et Dalloz, 58, II, 214.

² Pont, *Du Contrat de Société*, n° 788; Laurent, XXVI, n° 415.

³ Cassation, 10 novembre 1857, Sirey, 59, II, 31, et Dalloz, 59, II, 50.

⁴ *Suprà*, n° 218 et suiv.

trat sur le règlement des parts.¹ L'article 1708 du Code civil Espagnol porte au contraire que l'associé qui n'a apporté que son industrie n'a aucun droit aux apports, mais seulement à une part de leurs revenus et des bénéfices, sauf stipulation contraire.²

Cette limitation des droits de l'associé qui n'a fait qu'un apport industriel nous paraît excessive : si l'associé qui a fait un apport en propriété à la société perd cet apport pour ne prendre qu'une part proportionnelle dans l'actif total, l'associé qui a fait un apport en industrie perd, lui aussi, un capital, son industrie ; et même la perte de ce capital sera totale, si la société a duré assez longtemps pour qu'il ne puisse plus travailler après la dissolution de cette société. Il semble donc juste de lui donner une part dans l'actif total, mises et bénéfices, comme le fait la loi française.

354. — Si l'un des associés éprouve dans le partage une lésion de plus du quart, il pourra demander la rescision du partage, par application de l'article 887.

L'applicabilité de ce texte au partage des sociétés ressort clairement des Travaux préparatoires ; l'article 41 du projet, devenu l'article 1872, s'exprimait ainsi :

« Les règles concernant le partage des successions, la
« forme de ce partage, et les obligations qui en résultent
« entre les cohéritiers, s'appliquent aux associés, *sauf l'ac-*
« *tion en rescision pour cause de lésion, laquelle n'est point*
« *accordée à ces derniers.* »³

Lorsque le projet fut soumis à la section de législation du Tribunal, elle présenta les observations suivantes :

« Si l'admission de l'action en restitution contre tout
« partage en général et contre les ventes a d'assez graves
« inconvénients, ils sont absolument les mêmes, et dans le
« cas du partage d'une succession, et dans celui du par-

¹ *Suprà*, n^{os} 225 et suiv.

² Lehr, *Eléments de droit civil Espagnol*, II, p. 305 ; Levé, *Code civil Espagnol*, p. 323.

³ Fenet, XIV, p. 366.

« tage d'une société : mais ce qui importe essentiellement
« à la perfection du Code civil est de tenir invariablement
« aux principes qu'il a consacrés ; et, loin de pouvoir assi-
« gner de fortes raisons de différence pour admettre la
« rescision contre un partage de succession, et la rejeter
« contre celui d'une société, l'action n'est que plus favo-
« rable dans le deuxième cas, puisque l'égalité, qui est
« l'âme de tout partage, appartient plus particulièrement
« encore à celui d'une société, dont elle constitue la nature
« et l'essence. »¹

A la suite de ces observations, la partie finale de l'article fut retranchée, et le texte voté dans la forme qu'il a aujourd'hui : cette rédaction implique l'admission de toutes les règles du partage, y compris la règle de l'action en rescision pour lésion de plus du quart.²

¹ Fenet, XIV, p. 384.

² Aubry et Rau, IV, § 385, texte et note 3, p. 573.

SECTION III

Des effets du partage.

355. — Pothier indique dans les termes suivants quels étaient dans notre ancien droit les effets du partage des sociétés :

« L'effet du partage est de dissoudre la communauté qui
« était demeurée entre les ci-devant associés après la dis-
« solution de la société.

« Il y a une grande différence entre notre droit français
« et le droit Romain sur l'effet du partage.

« Par le droit Romain, le partage était une espèce d'é-
« change, *divisio instar permutationis obtinet* ; chacun des
« copartageants était censé acquérir de ses copartageants
« les parts qu'ils avaient, avant le partage, dans les effets
« compris dans son lot, et leur céder à la place celle qu'il
« avait, avant le partage, dans les effets compris dans le
« leur. C'est pourquoi les choses échues au lot de l'un des
« copartageants demeuraient sujettes aux hypothèques des
« créanciers de ses copartageants pour la part qu'y avaient
« eu ses copartageants avant le partage ; L. 6, § 8, ff.,
« *comm. div.*

« Au contraire, selon notre droit français, un partage
« n'est pas regardé comme un titre d'acquisition, mais
« comme un acte qui ne fait autre chose que déterminer les
« parts indéterminées que chacun des copartageants avait,

« avant le partage, dans la communauté qui était entre eux,
 « aux seules choses échues au lot de chacun d'eux.

« Ces actes de partage ont, selon notre droit français,
 « un effet rétroactif. En conséquence, les choses échues en
 « chaque lot sont censées avoir toujours seules composé
 « la part qu'avait en la communauté celui au lot duquel
 « elles sont échues. Il est censé avoir été seul le proprié-
 « taire de ces choses *depuis qu'elles ont été mises en la*
 « *communauté, ou acquises pour le compte de la commu-*
 « *nauté*, et n'avoir jamais eu aucune part, depuis que la
 « communauté a été contractée, dans les choses échues au
 « lot de ses copartageants. Le partage, selon ces princi-
 « pes, n'est pas un titre d'acquisition, et chacun des co-
 « partageants n'acquiert, par le partage, rien de ses co-
 « partageants. »¹

Pothier indique ensuite, comme conséquence des principes qu'il vient de poser, que les hypothèques qui proviendraient du chef de l'un des associés sur les immeubles mis dans le lot d'un autre associé disparaîtront par l'effet du partage : l'associé dans le lot duquel ces immeubles sont placés en est réputé propriétaire depuis le jour où ils sont entrés en société, et, si ces immeubles avaient été apportés par lui en société, il est réputé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire.²

356. — Sous l'empire du Code civil, on s'accorde à reconnaître que l'article 883 est applicable aux sociétés comme aux successions : l'article 1872 renvoie en effet aux règles des successions pour « les obligations qui résultent du par-
 « tage entre cohéritiers, » et l'article 883 constitue l'une des règles les plus importantes pour déterminer les obligations des copartageants entre eux.

Mais la controverse naît sur l'époque à laquelle remonte l'effet rétroactif du partage, dans le partage des sociétés,

¹ *Du Contrat de Société*, n° 179.

² *Op. et Loc. citat.*

et les auteurs qui soutiennent que la société civile constitue une personne morale affirment que l'effet rétroactif ne remonte qu'au jour de la dissolution de la société :

« Aujourd'hui que la société est une personne, dit M. Bra-
 « vard-Veyrières, on ne peut pas plus faire remonter l'effet
 « déclaratif à une époque antérieure à la dissolution qu'on
 « ne peut, en matière de succession, le faire remonter à
 « une époque antérieure au décès. Tant que la société
 « subsiste, il n'y a pas de copropriété, pas d'indivision,
 « par conséquent, pas de point de départ pour l'effet dé-
 « claratif. »¹

Toutefois, parmi les auteurs qui soutiennent que la société civile forme un être moral, M. Troplong admet que les effets du partage rétroagiront au jour de la constitution de la société, ou au jour où le bien est entré dans la société. Voici comment il explique le système par lui adopté :

« ...Quelque grave, quelque utile que soit la fiction qui
 « fait de la société un être moral, elle ne saurait aller jus-
 « qu'à supprimer entièrement l'idée de copropriété et d'in-
 « division inséparable d'une société. Nous avons vu ail-
 « leurs que cette copropriété indivise se fait jour quelque-
 « fois pour reprendre sa réalité. Elle reparaît surtout avec
 « éclat à l'époque de la dissolution, non pas comme une
 « chose nouvelle, mais comme un droit momentanément
 « intercepté. C'est pourquoi l'effet rétroactif, ne trouvant
 « plus la personne civile, cause de cette interception, agit
 « en toute liberté sur un passé qui, dans la vérité des cho-
 « ses, n'a pas cessé d'être un état d'indivision. »²

Pour nous, nous croyons que la question doit être résolue différemment, suivant le système que l'on adopte sur la

¹ *Traité de droit commercial*, I, p. 465. — Sic Thiry, *REVUE CRITIQUE, Dissertation*, 1854, p. 433 et suiv.; Demolombe, *Cours de Code civil*, IX, n° 421; Mourlon, *De la Transcription*, I, n° 293 et suiv.; Bugnet, sur Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 179, Notes 2 et 3; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 478.

² *Du Contrat de Société*, II, n° 1066.

question de savoir si la société civile constitue ou non un être moral.

Nous ne voyons pas en effet comment M. Troplong peut arriver à la conséquence à laquelle il aboutit. Si la société civile constitue une personne morale, on ne peut pas effacer rétroactivement le temps pendant lequel elle a vécu et pendant lequel elle a été propriétaire des objets composant son patrimoine. Dans ce système, l'indivision ne naît qu'à sa dissolution, au moment où la copropriété des associés se substitue à la propriété de l'être moral.

Mais pour ceux qui, comme nous, pensent que la société civile n'est pas un être moral, et que la propriété du patrimoine dit patrimoine social est en réalité la propriété indivise des associés, la solution est très simple : depuis le jour où un bien est entré dans la société, il est devenu la propriété de tous les associés, et, en vertu de la fiction de l'article 883, lorsqu'il est mis dans le lot de l'un des associés, il est réputé rétroactivement avoir toujours appartenu à cet associé.

Nous avons déjà rencontré cette question en traitant des effets du partage de la communauté entre époux, et nous l'avons résolue dans le même sens, car la communauté conjugale ne constitue pas plus, à notre avis, un être moral que la société civile en général.¹

Par suite tous les droits provenant du chef des associés autres que celui dans le lot duquel le bien est placé, notamment les hypothèques qu'ils auraient consenties ou qui auraient été prises contre eux en vertu de la loi ou d'un jugement pendant la durée de la société, cesseront de grever l'immeuble social.²

¹ Voir notre *Traité du Contrat de Mariage*, III, n° 1336.

² Metz, 31 décembre 1867, Sirey, 69, II, 5, et Dalloz, 68, II, 145; Cassation, 9 mars 1886, *Pandectes françaises*, 86, I, 97; Cassation, 14 décembre 1888, Dalloz, 88, I, 385. — Duranton, XVII, n° 480; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 793-796; Laurent, XXVI, n° 418.

La même solution s'applique à la licitation entre associés, qui, d'après l'article 883 et d'après les principes de la matière, doit être assimilée au partage dont elle tient lieu. Mais elle est inapplicable à la vente au profit d'un étranger, qui n'est, elle, qu'une vente ordinaire, consentie par tous les anciens associés ou leurs héritiers au tiers qui se rend acquéreur.

On doit toutefois appliquer au principe de la rétroactivité du partage l'exception que nous y avons apportée en matière de communauté entre époux :¹ de même que le bien mis dans le lot de la femme n'y entre que grevé des droits qui ont pu être consentis par le mari, chef de la communauté, de même les biens placés dans le lot des associés n'y entrent que grevés des droits qui ont été consentis par le gérant ou les gérants de la société, agissant dans le cercle de leurs attributions. On doit dire des actes des gérants ce que l'arrêt de la Cour de Lyon du 16 juillet 1881,² que nous avons cité dans notre *Traité du Contrat de mariage*, dit des actes du mari : la fiction de rétroactivité ne saurait prévaloir contre les droits qui appartiennent aux gérants sur les biens de la société, et ces biens ne peuvent arriver aux associés que grevés des charges que les gérants leur ont valablement imposées.

357. — Il faut étendre au partage de la société l'obligation de garantie que l'article 884 édicte entre cohéritiers. C'était l'opinion de Pothier :

« Une autre obligation qui naît du partage, dit-il, est
« l'obligation de garantie que chacun des copartageants
« contracte réciproquement envers chacun de ses copar-
« tageants, pour la garantie des choses comprises dans
« leurs lots respectifs. »³

Cette solution ne peut faire de doute aujourd'hui, en

¹ Voir notre *Traité du Contrat de Mariage*, *Loc. citat.*

² Sirey, 82, II, 237, et Dalloz, 82, II, 175.

³ *Du Contrat de Société.*

³ Laurent, XXVI, n° 417.

présence du renvoi de l'article 1872 aux règles du partage des successions, quant aux « obligations entre cohéritiers. » L'obligation de garantie figure au premier rang parmi ces obligations.

Quant à l'étendue de cette obligation de garantie, aux cas dans lesquels elle existe et aux effets qu'elle produit, nous ne pouvons que nous référer aux commentaires du Titre *Des successions*, articles 884 à 886,¹ et du Titre *De la vente*, où le législateur a exposé d'une manière complète les règles de la garantie, dans les articles 1625 à 1649.²

¹ Voir Demolombe, *Cours de Code civil*, XVII, n^{os} 329 et suiv.

² Voir notre *Traité de la Vente*, I, n^{os} 294 et suiv.

PREMIER APPENDICE AU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

DES SOCIÉTÉS MINIÈRES.

358. — Les sociétés minières ont une importance exceptionnelle parmi les sociétés civiles, importance qui s'explique par la grande quantité de capitaux qui y sont engagés :

« Ce qu'il faut réunir de capitaux pour établir des travaux réguliers est considérable, disait M. Stanislas de Girardin en 1810; ce qu'il faut en dépenser avant d'obtenir un produit est immense. On assure que la compagnie qui exploite les mines d'Anzin a travaillé pendant vingt-deux ans avant de parvenir à extraire du charbon, et a dépensé plus de seize millions pour établir toutes les machines nécessaires à leur exploitation. »¹

A un autre point de vue, au point de vue des dangers de l'exploitation, la législation des mines doit être l'objet de toutes les préoccupations du législateur : la sécurité des ouvriers travaillant dans les mines doit être protégée aussi complètement que possible, et les désastres qui chaque année viennent attrister les régions minières démontrent que les précautions prises sont impuissantes, aujourd'hui encore, à préserver la vie des ouvriers mineurs, dans les mines de houille en particulier.

¹ *Rapport au Corps législatif* (Séance du 21 avril 1810), Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v^o Mines, n^o 41, p. 623.

De là une législation spéciale pour l'exploitation des mines dans la plupart des Etats. En France, cette législation comprend la loi du 21 avril 1810 et celle du 27 avril 1838, et nous avons à rechercher dans quelle mesure cette législation spéciale, qui ne régleme pas les sociétés minières envisagées comme association de capitaux, mais qui touche indirectement à leur organisation, modifie les règles que nous venons d'exposer à propos des sociétés civiles en général.

359. — Pour étudier les règles spéciales aux sociétés minières, nous suivons l'ordre que nous avons suivi pour l'étude des sociétés civiles en général : le rapprochement des règles de ces sociétés sera plus facile en employant la même méthode pour leur étude.

Nous diviserons donc nos explications en trois parties :

Chapitre I. — *De la nature, des conditions de validité, de la forme et de la preuve du contrat de société minière.*

Chapitre II. — *De l'administration des sociétés minières et des obligations des associés.*

Chapitre III. — *Des différentes manières dont les sociétés minières prennent fin.*

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE, DES CONDITIONS DE VALIDITÉ,
DE LA FORME ET DE LA PREUVE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ MINIÈRE.

360. — La première question que fait naître la nature des sociétés minières est celle de savoir si ces sociétés sont des sociétés *civiles* ou *commerciales*.

Nous avons examiné cette question dans la deuxième partie de notre étude sur les sociétés civiles en général,¹ et notre conclusion a été que la société fondée pour l'exploitation d'une mine était, en principe, une société civile; et nous avons dit qu'il en était ainsi même dans le cas où les opérations de la société comprendraient, outre l'extraction des produits de la mine, des opérations accessoires, comme la manutention des produits extraits, l'achat de bois ou de goudron pour mélanger avec la poussière de charbon, la fabrication de briquettes. Mais nous avons pensé qu'il en serait autrement, et que la société deviendrait commerciale, si ces opérations accessoires prenaient le caractère d'opérations principales, et que l'extraction du produit devînt elle-même l'accessoire.²

Quant aux sociétés constituées pour la recherche des

¹ *Suprà*, n° 94.

² *Adde* aux autorités citées au n° 94 : Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n° 169-191 ; Féraud-Giraud, *Code des Mines*, I, n° 162 et suiv.

mines, nous avons dit qu'elles sont civiles ou commerciales, suivant que les associés se proposent d'exploiter la mine, lorsqu'elle sera découverte, ou au contraire de la vendre à des tiers qui en entreprendront l'exploitation.¹

361. — Comme les sociétés civiles ordinaires, les sociétés minières peuvent revêtir la forme commerciale : mais, pour elles comme pour les autres sociétés, la forme qu'elles ont adoptées ne change pas leur caractère, et elles n'en seront pas moins soumises aux règles de fonds des sociétés civiles.²

Le contraire a été jugé pour les sociétés minières, par quelques arrêts, notamment deux arrêts, l'un de la cour de Dijon,³ l'autre de la cour de Paris.⁴ On lit dans ce dernier arrêt le considérant suivant :

« Considérant que si, aux termes de l'article 32 de la loi du
 « 21 avril 1810, l'exploitation des mines n'est point par sa
 « nature un acte de commerce et n'est point sujette à patente,
 « il n'en résulte point que les concessionnaires d'une mine
 « ne puissent, par la forme même de l'association qu'ils
 « jugent convenable d'adopter, imprimer à cette exploita-
 « tion le caractère commercial. »

Mais cette opinion est aujourd'hui repoussée avec raison par la jurisprudence et par la doctrine. Il ne peut pas se faire, ainsi que nous l'avons dit, que le caractère d'une société dépende de la convention qu'il a plu aux parties de faire : de même que l'on n'est commerçant que si l'on exerce des actes de commerce et si l'on en fait sa profession habituelle, de même une société n'est commerciale que si elle a pour but l'exercice habituel et principal d'actes de commerce.⁵

¹ *Suprà*, n° 95. — *Adde* aux autorités citées : Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n°s 532-540; Féraud-Giraud, *Code des Mines*, I, n° 171.

² *Suprà*, n°s 23 et 91.

³ 26 avril 1841, Sirey, 41, II, 482.

⁴ 19 août 1840, Sirey, 41, II, 483.

⁵ *Adde* aux autorités citées au n° 91 : Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n°s 193-205; Féraud-Giraud, *Code des Mines*, I, n° 164.

362. — Les sociétés minières constituent-elles des personnes civiles ? Pour résoudre cette question, nous écartons l'opinion de ceux qui pensent que les sociétés civiles en général constituent une personne morale : pour ceux-là il est évident que les sociétés de mines sont des sociétés civiles comme d'autres, ayant comme les autres la personnalité juridique.¹

Mais si l'on admet, comme nous, que les sociétés civiles en général n'ont pas la personnalité juridique,² que doit-on décider à propos des sociétés minières ? Nous croyons que l'on doit, par exception, leur reconnaître la qualité d'être moral, et cela à cause des dispositions de l'article 8 de la loi du 21 avril 1810, lequel s'exprime ainsi :

« Les mines sont *immeubles*.....

« Néanmoins les actions ou intérêts dans une société ou « entreprise pour l'exploitation des mines seront réputés « *meubles*, conformément à l'article 529 du Code civil. »

Or nous avons dit, en examinant la question plus générale de la personnalité des sociétés civiles, que l'article 529 fournissait la preuve que les sociétés commerciales seules constituaient des personnes morales, puisqu'il décidait, pour ces sociétés seulement, que les actions ou intérêts étaient meubles, lors même que la société posséderait des immeubles ; mais, du moment où l'article 8 de la loi du 21 avril 1810 donne la même solution pour les actions ou intérêts dans les compagnies minières, c'est que la loi les assimile aux sociétés commerciales, et qu'elles ont, comme celles-ci, la personnalité juridique.

Cette exception au droit commun des sociétés civiles s'explique très bien, à raison de l'importance exceptionnelle des sociétés de mines. La personnalité juridique donnée à une société favorise beaucoup son fonctionnement, et on conçoit facilement que la faveur qui s'attache à la prospé-

¹ Demolombe, *Cours de Code civil*, IX, n° 413-419; Féraud-Giraud, *Code des Mines*, I, n° 182.

² *Suprà*, n° 25-26.

rité des sociétés de mines ait amené le législateur de 1810 à les assimiler aux sociétés commerciales, au point de vue de la personnalité juridique.¹

Quant aux effets de cette personnalité, nous les avons étudiés au début de ce Traité,² et nous n'avons pas à y revenir.

363. — La forme du contrat de société minière est régie par l'article 1834, dont nous avons donné l'interprétation;³ et il en résulte que la société n'existe qu'à la condition d'être prouvée *par écrit*, conformément aux règles du droit commun.

L'opinion contraire a prévalu en Belgique, où la jurisprudence et la doctrine reconnaissent qu'à côté des sociétés régulièrement établies, conformément à l'article 1834, il peut exister des *sociétés de fait*, établies sans contrat écrit et même sans convention originaire, et qui sont néanmoins régies par les règles des sociétés minières. C'est ce qui arrivera, par exemple, si le concessionnaire de la mine meurt : ses enfants continuent l'exploitation de la mine, font des avances de fonds, partagent les bénéfices ; puis ils meurent eux-mêmes, leurs héritiers leur succèdent dans l'exploitation de la mine, quelques-uns d'entre eux même cèdent leurs droits, et finalement il s'établit une vaste association, fondée sans acte écrit et même sans convention entre les parties, mais qui sera néanmoins régie par les règles des sociétés ordinaires de mines.

On fonde ce système sur les termes de l'article 8 de la loi du 21 avril 1810 : « Néanmoins les actions ou intérêts dans « une société ou entreprise pour l'exploitation des mines « seront réputées meubles, conformément à l'article 529 « du Code civil. » La *société* dont parle l'article 8, dit-on,

¹ Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n^{os} 148-152; Laurent, XXVI, n^{os} 421-423.

² *Suprà*, n^o 26.

³ *Suprà*, n^o 81. — Adde Féraud-Giraud, *Code des Mines*, I, n^o 189.

c'est la société régulière, constituée dans la forme de l'article 1834 ; quant à l'*entreprise*, c'est la société de fait, constituée sans acte, et que l'article 8 place sur la même ligne, au point de vue du caractère mobilier de l'intérêt.

« Attendu, dit un arrêt du 19 janvier 1843, que la réunion de plusieurs personnes pour entreprendre l'exploitation d'une mine constitue une communauté d'intérêts ou association *sui generis*, à laquelle ne sont point applicables toutes les lois en matière de société ordinaire, civile ou commerciale ; que spécialement le défaut de rédaction par écrit des conditions, suivant lesquelles les intéressés doivent concourir à l'entreprise commune, ne peut avoir pour résultat de rendre sans effet la disposition de la loi qui répute meubles les actions dans une société ou entreprise pour l'exploitation d'une mine ; que par ces termes, *société* ou *entreprise*, employés alternativement, le législateur a suffisamment témoigné que la nature mobilière des droits ou actions des intéressés ne dépend pas des stipulations écrites dans un acte de société. »¹

Cette théorie est repoussée par la jurisprudence française, et c'est avec raison, selon nous, qu'elle la rejette.

Les rédacteurs du Code civil ont en effet, ainsi que nous l'avons dit, voulu supprimer toutes les associations de fait ou sociétés *taisibles* admises dans notre ancien droit,² et, édictant une règle uniforme dans l'article 1834, ils ont exigé que toute association fût constatée ou du moins prouvée par écrit. Les traditions anciennes sont abrogées en cette

¹ Cité par Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n° 524. — Sic Cass. belge, 13 janvier 1843, *Pasicrisie*, 43, I, 85 ; Liège, 5 décembre 1847, *Pasicrisie*, 48, II, 26 ; Cass. belge, 4 mars 1858, *Pasicrisie*, 58, I, 89 ; Charleroi, 10 août 1867, et Bruxelles, 1^{er} août 1871, *Pasicrisie*, 74, II, 77. — Peyret-Lallier, *De la Législation des Mines*, n° 134-135 ; Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n° 520-527.

² *Suprà*, n° 80.

matière, si respectables qu'elles fussent, comme nous l'avons vu à propos des associations fromagères.¹ Il est bien peu vraisemblable, à *priori*, que les rédacteurs de la loi du 21 avril 1810 aient voulu apporter une dérogation au droit commun que l'on venait de créer.

Ils se sont d'ailleurs défendus de toute pensée de ce genre, et nous lisons dans l'*Exposé des motifs* de M. Regnaud de Saint Jean d'Angély la déclaration suivante : « La loi sur
« les mines renvoie au droit commun sur toutes les règles
« des intérêts particuliers. »²

Il ne reste donc, pour fonder la théorie que nous combattons, que le mot « *entreprise* » dans l'article 8, mot que l'on veut opposer à l'expression « *société* ». Mais on n'a pas remarqué que ce mot « *entreprise*, » assez vague par lui-même, se trouve précisément dans l'article 529, pour désigner, dans une expression générique, les compagnies de finance, de commerce et d'industrie. Il n'a donc pas plus de portée dans l'un des deux textes que dans l'autre, et dans tous les cas il ne suffit pas, à lui seul, pour apporter une exception aussi grave à l'article 1834.

Aussi notre conclusion est-elle que les sociétés de mines doivent, comme toutes les sociétés civiles, être prouvées par écrit.³

¹ *Suprà*, n° 85.

² Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v° *Mines*, n° 41, p. 622.

³ Cassation, 18 juin 1862, Sirey, 62, I, 878 ; Trib. de Saint-Etienne, 29 mai 1889, *Pandectes françaises*, 90, II, 95.

CHAPITRE II

DE L'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS DE MINES, ET DES OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS.

364. — Aux termes de l'article 7 de la loi du 27 avril 1838, lorsqu'une concession de mines appartiendra à une société, la société devra, quand elle en sera requise par le préfet, justifier qu'il est pourvu, par une convention spéciale, à ce que les travaux d'exploitation soient soumis à « *une direction unique.* »

Mais cette disposition n'a trait qu'à l'exploitation proprement dite de la mine, et elle n'a d'autre but que de garantir la sécurité des travailleurs : quant à l'administration de la société, elle peut être confiée à plusieurs administrateurs.¹

Toutefois il y a une différence notable entre l'administration des sociétés de mines et l'administration des sociétés civiles ordinaires, différence qui tient à ce que les premières ont une personnalité juridique qui n'appartient pas aux secondes.

Il suit de là que l'article 1859 est inapplicable aux sociétés de mines, et que les associés n'ont pas, dans le silence du contrat, le mandat réciproque d'administrer la société : ce mandat n'appartient qu'à l'administrateur ou

¹ *Compar.* Cassation, 15 avril 1834, Sirey, 34, I, 650.

aux administrateurs que la société s'est donné ou se donnera, mais il n'appartient pas aux simples associés :

« C'est la société, comme être moral, dit très bien M. Laurent, qui représente l'exploitation et les intérêts collectifs de tous les actionnaires. Ce sont donc les organes de la société qui administrent, qui agissent, qui exercent les droits et actions en son nom. La différence entre les sociétés charbonnières et les sociétés civiles est radicale ; dans celles-ci les associés sont copropriétaires, et il est naturel qu'ils administrent leur propre chose ; dans les autres, les associés, pendant la durée de la société, sont de simples créanciers de la société ; c'est celle-ci, être moral, personne distincte des associés, qui est propriétaire, elle s'administre d'après ses statuts ; elle a nécessairement un organe qui la représente. »¹

365. — D'un autre côté, s'il est vrai de dire que, malgré l'article 7 de la loi du 27 avril 1838, une société de mines peut avoir plusieurs administrateurs, il y a néanmoins une conséquence à déduire de ce texte : c'est que l'article 1857 n'est pas applicable à ces administrateurs, et que, si leurs fonctions ne sont pas déterminées, ils ne peuvent faire chacun séparément tous les actes d'administration.

Il est essentiel en effet que les travaux à faire dans une mine soient dirigés avec méthode, suivant des vues d'ensemble :

« Les travaux, dit M. Peyret-Lallier, doivent être coordonnés entre eux, relativement à l'aérage, l'expulsion des eaux, l'aménagement des gîtes, l'extraction des minéraux ; les nouveaux ouvrages que la compagnie se propose d'exécuter comme le développement ou le complément des anciens doivent former, avec ceux-ci, un tout homogène. »²

C'est à cause de cette unité nécessaire non seulement à

¹ XXVI, n° 423. — Sic Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n° 365-371 ; Féraud-Giraud, *Code des Mines*, I, n° 214.

² *De la Législation des Mines*, n° 790.

la prospérité de la mine, mais aussi à la sécurité des ouvriers, que l'article 7 exige un directeur unique pour l'exploitation de la mine ; c'est à cause de cela que les attributions des administrateurs, lorsqu'il y en a plusieurs, doivent être nettement déterminées, et que le droit individuel que l'article 1857 leur reconnaît, dans les sociétés en général, ne peut leur appartenir dans les sociétés de mines.¹

366. — Les sociétés de mines sont des sociétés réelles ou de capitaux, dans lesquelles la considération de la personne des associés est loin d'avoir l'importance qu'elle a dans les sociétés civiles ordinaires.

La société civile constituée, en général, une réunion de personnes en nombre très limité, qui se connaissent, et qui se choisissent à raison de leurs aptitudes ou de leurs qualités : voilà pourquoi aucun d'eux ne peut se retirer pour mettre un étranger à sa place dans la société, et, si l'un des associés meurt ou devient incapable de remplir dans la société le rôle qui lui a été destiné, la société est dissoute.

Les sociétés de mines au contraire ne peuvent se former qu'à l'aide de capitaux considérables : il faut, pour les réunir, faire appel à un grand nombre de personnes, d'autant plus grand que les premières années de ces sociétés sont souvent peu lucratives, et que les capitaux qui constituent le fonds social ne rapportant rien ou presque rien au début, les associés ne peuvent apporter que leur superflu. Les sociétés ainsi constituées ne forment donc que des associations de capitaux, car il ne peut être question de choisir les sociétés d'après leurs qualités personnelles, lorsqu'on s'adresse à un aussi grand nombre. D'un autre côté, l'étendue des connaissances nécessaires pour diriger l'exploitation d'une mine est telle qu'il faudra, le plus souvent, avoir recours à un étranger pour la gérance de la société. On demande donc aux associés des capitaux bien plus qu'on ne choisit des personnes.²

¹ Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n^{os} 424-426.

² Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n^{os} 163-168.

367. — Du principe que les sociétés de mines constituent des associations de capitaux, et non des sociétés de personnes, découle une première conséquence : l'article 1861, aux termes duquel, si l'associé peut prendre un croupier, il ne peut associer quelqu'un à la société sans le consentement de ses associés, est inapplicable aux sociétés de mines. Puisqu'on ne demande à l'associé que l'exécution d'engagements pécuniaires, il importe peu que ces engagements soient accomplis par l'associé primitif ou par le tiers qu'il s'est substitué. L'action ou la part d'intérêt qui appartient à l'associé sera donc cessible, comme toute créance.¹

Un arrêt de la cour de Liège, cité par M. Delecroix, résume très bien les motifs qui conduisent à admettre cette cessibilité :

« L'introduction de personnes étrangères à la société, dans
 « le cas de mutations forcées, le mode d'exploitation qui
 « n'exige guère le concours des associés que pour les fonds
 « nécessaires à l'entreprise, enfin la durée illimitée de l'as-
 « sociation et les inconvénients inséparables de l'indisso-
 « lubilité, sont des considérations puissantes, qui ne per-
 « mettent pas de croire que les sociétaires aient voulu
 « s'obliger indéfiniment entre eux, et s'interdire la facilité de
 « disposer chacun à son gré de son intérêt dans la chose
 « commune. »²

368. — La cession des droits de l'associé, dans les sociétés de mines, s'accomplira suivant les formalités prescrites pour le transport des créances en général, dans les articles 1689 et suivants du Code civil.³ En effet, puisqu'aux termes de l'article 8 de la loi du 21 avril 1810 les actions ou intérêts dans une société pour l'exploitation des mines sont *meubles*, malgré le caractère immobilier de la mine,

¹ Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n^{os} 167, et 302-307 ; Laurent, XXVI, n^o 422.

² 27 juin 1838, *Pasicrisie*, 38, II, 175.

³ Voir notre *Traité de la Vente*, II, n^o 741 et suiv.

ces actions ou intérêts constituent des créances comme d'autres, transmissibles de la main à la main, par endossement, par transfert sur les registres de la société, ou par voie de transport soumis aux formalités de l'article 1690, suivant la nature du titre et les dispositions des statuts de la société.¹

Quels sont les effets de la cession par l'associé de ses actions ou de sa part d'intérêt dans la société ? Dans les sociétés civiles ordinaires, nous avons dit qu'il résultait de l'article 1863 que l'associé cédant n'était pas dégagé vis-à-vis des tiers des obligations résultant pour lui du pacte social, à moins que la cessibilité de son droit n'eût été spécialement indiquée dans les statuts de la société.² Ici rien de pareil n'est nécessaire : les tiers sont avertis, par la nature même de la société, que le droit de chaque associé est cessible, et, dès lors, l'effet de la cession, du jour où elle est parfaite, est de rendre le cédant étranger à la société à l'égard de tous, aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard de ses associés. Quant au cessionnaire, il sera substitué à toutes les obligations que la qualité d'associé imposait au cédant.³

369. — Du principe que les sociétés de mines constituent des personnes civiles, ainsi que nous l'avons reconnu, va naître une conséquence importante, au point de vue du concours, sur le patrimoine social, des créanciers de la société et des créanciers personnels des associés.

Dans les sociétés civiles ordinaires, nous avons dit que l'étendue des droits respectifs des uns et des autres sur le patrimoine social était très discutée ; et nous avons pensé

¹ Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n° 310. — *Compar.* Montpellier, 4 janvier 1853, Dalloz, 54, II, 172.

² *Suprà*, n° 255.

³ Cassation, 23 ventôse an VIII, Sirey, c. n., I, I, 308 ; Paris, 22 mai 1851, Sirey, 52, II, 577. — Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n° 311-315 ; Laurent, XXVI, n° 422. — *Compar.* Paris, 28 juillet 1868, Dalloz, 68, II, 245.

qu'il fallait résoudre la question par une distinction, accorder aux créanciers sociaux un droit de préférence tant que la société vit, mais, à partir de sa dissolution, les placer au même rang que les créanciers personnels des associés.¹

Dans les sociétés de mines, la controverse ne peut pas naître : puisque ces sociétés constituent des personnes civiles, les créanciers de la société et les créanciers personnels des associés n'ont pas le même débiteur, et, par suite, ils ne viendront jamais en concurrence. Avant comme après la dissolution de la société, les biens qui lui appartenaient forment le gage exclusif des créanciers sociaux; et les créanciers personnels des associés ne pourront se faire payer sur ces biens qu'après l'entier désintéressement des créanciers sociaux.²

370. — Les associés, dans leurs rapports avec les créanciers de la société, sont débiteurs personnels des obligations contractées par le gérant de la société : c'est l'application des principes du mandat, le gérant qui agit dans le cercle de ses attributions n'étant que le mandataire de la société.

Toutefois les associés ne sont pas tenus solidairement : bien que les sociétés de mines aient la personnalité juridique, elles n'en sont pas moins des sociétés civiles, pour lesquelles n'existe point le principe de la solidarité, créé pour les seules sociétés de commerce.³

Mais doit-on leur appliquer les dispositions de l'article 1863, d'après lequel les associés sont tenus chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint son obligation à cette part ?

La question est discutée, et une opinion enseigne que l'article 1863 n'est pas applicable, et que, sans qu'il y ait besoin de stipulation spéciale, les associés ne seront tenus que dans la proportion de leur part.

¹ *Suprà*, n° 273.

² Laurent, XXVI, n° 424.

³ Laurent, XXVI, n° 429.

« Il nous semble, dit M. Laurent, que l'article 4863 n'est
 « pas applicable. La loi suppose que les *associés* contrac-
 « tent avec le créancier; or, dans les sociétés charbonnières,
 « les associés ne parlent pas au contrat, c'est le directeur
 « du charbonnage qui traite au nom de la société, c'est
 « donc la société qui est obligée, et la société, ce sont les
 « mises sociales, c'est-à-dire les actions des associés : c'est
 « une association de capitaux autant que de personnes, et,
 « quand il s'agit des dettes, c'est le premier caractère qui
 « domine. »¹

Nous reconnaissons que la question est délicate, et cependant nous croyons qu'il vaut mieux appliquer l'article 4863.

Au point de vue des textes, cette solution est plus logique : les sociétés de mines sont des sociétés civiles, elles sont donc gouvernées par les règles ordinaires des sociétés civiles, à moins que l'organisation spéciale des sociétés de mines ne conduise à y apporter exception. Mais ici il n'y a rien de pareil, et rien ne s'oppose à ce que les associés soient tenus des dettes par portions égales.

Bien plus, si l'on se reporte aux motifs de l'article 4863, il nous semble qu'ils conduisent à la même solution. Les statuts des sociétés de mines en effet ne sont pas soumis à la publicité, pas plus que les statuts des autres sociétés civiles ; et l'on conçoit dès lors que l'associé, qui a la part la moins forte, ne puisse se retrancher à l'abri d'une proportionnalité que les tiers ne connaissent pas.

M. Laurent objecte que dans les sociétés de mines, c'est le gérant qui parle au contrat, ce ne sont pas les associés ; mais nous répondrons qu'il parle au nom des associés, dont il est le mandataire, ce qui n'exclut en rien l'application de l'article 4863.

En législation, nous comprendrions très bien que l'on dé-

¹ XXVI, n° 429. — Sic Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n° 444-449.

cidât que, dans ces sociétés, les associés ne sont tenus que dans la mesure de leur intérêt, à raison du caractère *réel* de ces associations, qui ne sont vraiment que des associations de capitaux; mais, à défaut d'une disposition législative qui avertisse les tiers de cette dérogation à l'article 1863, nous croyons que c'est ce texte qui doit servir de règle.

371. — C'est dans l'assemblée générale des associés que réside la plénitude des pouvoirs nécessaires à la constitution et au fonctionnement de la société de mines. C'est elle qui nomme le gérant de la société, et qui l'autorise ensuite à passer les actes spéciaux qui ne rentreraient pas dans ses pouvoirs d'administrateur.¹

Mais il faudra appliquer, pour les décisions de l'assemblée générale, la solution que nous avons donnée en ce qui concerne les sociétés civiles ordinaires : il suffit que ces décisions soient prises à la majorité des voix, s'il s'agit de faire des actes d'administration; mais elles devront être prises à l'unanimité, s'il s'agit d'autoriser des actes qui dépassent cette limite, et dont l'accomplissement constitue une dérogation aux statuts. C'est ainsi, par exemple, que l'unanimité des voix serait nécessaire, s'il s'agissait d'autoriser un appel de fonds dans une société où le capital est divisé en actions de somme fixe, ou bien encore d'autoriser un emprunt extraordinaire, dépassant évidemment les prévisions du pacte social.²

¹ Laurent, XXVI, n° 427; Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n°s 372 et suiv.; Féraud-Giraud, *Code des Mines*, I, n° 195.

² *Compar.* Laurent, XXVI, n° 427; Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n°s 429 et suiv.; Féraud-Giraud, *Code des Mines*, I, n°s 196-197.

CHAPITRE III

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LES SOCIÉTÉS DE MINES PRENNENT FIN.

372. — Les sociétés de mines sont, en principe et à moins d'une clause spéciale dans les statuts, des sociétés à *durée illimitée* ; elles ont pour but en effet l'exploitation des produits de la mine, et elles ne peuvent atteindre ce but qu'à la condition de vivre pendant le temps nécessaire à cette exploitation, c'est-à-dire souvent pendant des siècles.

D'un autre côté, ces sociétés forment, ainsi que nous l'avons dit, des associations de capitaux, dans lesquelles la considération des qualités personnelles de l'associé est laissée de côté. Aussi croyons-nous que l'on doit admettre qu'elles ne tombent pas sous l'application de l'article 1863, nos 3 et 4, et qu'elles ne finissent ni par la mort, ni par l'interdiction, ni par la déconfiture ou la faillite des associés.

Voici comment nous croyons que l'on peut motiver cette solution : les associés sont libres de stipuler que la société continuera avec les héritiers de l'associé décédé, aux termes de l'article 1868 ; et cette convention, qu'ils peuvent faire expressément, ils peuvent aussi la faire tacitement, et on peut induire leur volonté des circonstances de la cause. Or le seul fait qu'ils s'associent pour l'exploitation d'une mine est suffisant pour assigner à leur convention une durée illimitée ; on doit supposer qu'ils ont voulu que leur

société durât pendant un temps assez long pour devenir fructueuse et pour épuiser les produits de la mine, et, bien loin qu'il faille une clause expresse pour donner aux sociétés de mines une durée illimitée, il en faudrait une pour limiter ces sociétés à un temps insuffisant pour que l'exploitation de la mine soit complète.¹

373. — Si les sociétés de mines doivent être considérées comme des sociétés à durée illimitée, y a-t-il lieu d'appliquer l'article 1869, qui permet à l'associé, dans cette espèce de sociétés, de provoquer la dissolution par sa seule volonté, pourvu que sa demande soit faite de bonne foi et non à contre temps ?

Le droit que nous avons reconnu au profit des associés, dans les sociétés de mines, de céder à des tiers leurs actions ou leurs parts d'intérêts, du moment où les statuts ne s'y opposent pas,² rend l'examen de cette question moins important.

Nous avons dit en effet, en étudiant l'article 1869, que du moment où les associés peuvent céder leurs droits dans la société à un tiers qui prend leur place, ils n'ont plus le droit de provoquer la dissolution de la société à durée illimitée.³

« Cette combinaison, dit très bien M. Pont, permet à
 « chaque associé de se mettre personnellement hors de la
 « société, sans la détruire ni même en compromettre l'exis-
 « tence : ainsi, d'une part, elle donne à la société le moyen
 « d'assurer sa durée, c'est-à-dire ce qui est la condition
 « même de son développement et de ses progrès ; et, d'une
 « autre part, elle laisse à chaque associé la possibilité de
 « se dégager des liens sociaux, et par là d'atteindre le but
 « même que la loi se propose, sinon par le moyen de la
 « dissolution facultative qu'elle consacre, au moins par un

¹ Lyon, 22 juillet 1858, Dalloz, 59, II, 80. — Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n° 159-161 ; Laurent, XXVI, n° 430 ; Féraud-Giraud, *Code des Mines*, I, n° 231.

² *Suprà*, n° 367.

³ *Suprà*, n° 333.

« autre moyen qui rend également à l'associé qui l'emploie
« la liberté naturelle que la loi veut protéger. »¹

374. — La question de savoir s'il y a lieu à dissolution facultative dans les sociétés de mines ne naît donc, à notre avis du moins, que si l'acte de société entrave le droit de cession des associés, en déclarant, par exemple, qu'ils ne pourront céder leur part qu'avec l'agrément du conseil d'administration : en pareil cas, les associés ont-ils le droit de demander la dissolution de la société à leur gré ?

La question est difficile, car il s'agit de concilier deux principes également importants pour des sociétés de cette nature : d'un côté, l'intérêt des associés, qui s'oppose à la dissolution par simple renonciation de sociétés exigeant des travaux préalables parfois si longs, et toujours si coûteux ; et, d'un autre côté, l'importance qu'il y a, dans une société à durée illimitée, de pouvoir sortir d'une association où l'entente a cessé de régner.

Nous croyons que, dans la lutte entre ces deux intérêts, c'est l'intérêt supérieur qui a dicté l'article 1869 qui doit l'emporter, et que les sociétés de mines pourront être dissoutes par la volonté d'un seul des associés. L'article 1869 ne permet pas, à notre avis, de distinguer entre les sociétés de mines et les autres sociétés à durée illimitée : toutes sont gouvernées par ce principe supérieur que l'on ne peut s'engager pour la vie entière, et que si certains contrats, comme les sociétés, comportent des engagements de cette nature, la gravité doit en être atténuée par la faculté de renonciation.

On objecte qu'il est bien dur pour les autres associés, qui attendent depuis longtemps le moment où leurs capitaux vont rapporter quelque chose, de voir prononcer la dissolution peut-être à l'époque où la mine va commencer à donner des profits.

¹ Note, Sirey, 1861, I, 119. — Adde Féraud-Giraud, *Code des Mines*, I, n° 232.

Nous répondrons, d'abord, que l'intérêt de tous les associés est le même, et que chacun est garanti contre une dissolution inopportune, au moins dans une certaine mesure, par l'intérêt des autres. Nous ajouterons que, d'après l'article 1869, la dissolution doit être faite de bonne foi et non à contre temps, ce qui constitue encore une certaine sauvegarde de l'intérêt commun. Enfin, s'il y a des inconvénients graves, et nous le reconnaissons, à ce droit de dissolution, il y en aurait de plus grands encore à ce que les associés restassent liés pour la vie, quand l'accord a cessé de régner entre eux. Les mesures utiles qui ne peuvent être autorisées que par l'unanimité des voix de l'assemblée générale seraient repoussées ; parfois même, si la discorde se propageait parmi les associés, et c'est ce qui arrive souvent quand elle a commencé à régner, on ne pourrait pas trouver une majorité pour voter les mesures utiles qui peuvent être décidées à la simple majorité.

Mieux vaut en pareil cas, à notre avis du moins, la dissolution de la société et la vente de la mine que la continuation d'une association où la discorde régnerait en permanence.¹

375. — Nous ferons remarquer, en terminant l'étude des causes de dissolution des sociétés de mines, que, quelque opinion que l'on ait sur l'application aux sociétés de mines de la dissolution facultative de l'article 1869, il est certain que ces sociétés peuvent être dissoutes pour *causes légitimes*, par application de l'article 1871. Le principe d'indivisibilité de l'exploitation d'une mine, que l'on avait voulu invoquer pour écarter l'application de l'article 1871, sera suffisamment respecté par la licitation ou la vente de la

¹ *Compar.*, en sens divers : Lyon, 12 août 1828, et Cassation, 7 juin 1830, Sirey, c. n., IX, I, 532 ; Cassation, 19 février 1850, Sirey, 50, I, 551, et Dalloz, 50, I, 181 ; Cassation, 1^{er} juin 1859, Sirey, 61, I, 113, et Dalloz, 59, I, 244. — Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n^{os} 478 et suiv. ; Pont, *Des Sociétés*, n^{os} 738-739 ; Laurent, XXVI, n^{os} 430-431 ; Féraud-Giraud, *Code des Mines*, I, n^o 231.

mine en un seul lot ; et les motifs de l'article 1871 existent avec autant de force pour les sociétés de mines que pour les autres sociétés. Si, par exemple, l'exploitation de la mine ne donne pas de bénéfices et ne semble pas devoir en donner, si les ressources de la société sont épuisées et qu'il paraisse impossible de faire un nouvel appel de fonds, la société doit être dissoute, dans l'intérêt de tous les associés.¹

Observons, à ce propos, que si l'on applique aux sociétés de mines la dissolution pour justes causes de l'article 1871, c'est un motif de plus pour appliquer aussi la dissolution facultative de l'article 1869 : les deux textes en effet se rattachent à la même idée, la nécessité de dissoudre les sociétés de toute nature, limitées ou illimitées, lorsque l'intérêt social est en péril ; seulement le péril réside dans le seul désaccord des associés, si la société est illimitée, tandis que, pour les sociétés limitées, ce péril doit être rendu évident par des causes dont l'appréciation est laissée au juge.

¹ Cassation, 15 juin 1853, Sirey, 53, I, 700, et Dalloz, 53, I, 249. — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 739 ; Delecroix, *Des Sociétés de Mines*, n° 503-505.

SECOND APPENDICE AU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

DE LA COMMUNAUTÉ.

376. — La communauté peut être définie, à notre avis, dans les termes suivants : c'est une espèce d'association, qui s'établit, de droit et sans convention, entre les copropriétaires par indivis d'une ou de plusieurs choses déterminées, ou d'un patrimoine.

Cette définition répond bien à l'idée que nos anciens auteurs se faisaient de la communauté, sauf sur un point, ainsi que nous allons le dire :

« Lorsqu'une chose, dit Domat, se trouve commune à
« deux ou plusieurs personnes, *sans qu'ils en fussent con-*
« *venus*, comme une succession entre cohéritiers, un legs
« d'une chose à plusieurs légataires, il se forme entre eux
« divers engagements, selon que leurs intérêts communs
« peuvent le demander. Ainsi celui qui a la chose com-
« mune entre ses mains doit en prendre soin ; ainsi ils doi-
« vent se rembourser ce qui a été employé pour la conser-
« ver ; ainsi ils doivent en faire un juste partage... »¹

« Communauté ou société *fortuite* entre cohéritiers ou
« entre copropriétaires d'une chose particulière est un
« quasi-contrat, en vertu duquel ceux qui ont en commun
« une succession ou une chose particulière sont obligés

¹ *Les Lois civiles*, Livre II, Titre V.

« réciproquement à en faire le partage, et à se faire réciproquement raison des prestations personnelles. »¹

« La communauté, dit enfin Pothier, soit d'une universalité de choses, soit de choses particulières, qui est entre deux ou plusieurs personnes, *sans qu'il y ait eu entre elles aucun contrat de société ni aucune autre convention*, est une espèce de quasi-contrat. On peut apporter pour exemple de cette espèce de communauté celle des biens d'une succession échue à plusieurs héritiers, ou de choses léguées conjointement à plusieurs légataires. »²

Il résulte de ces diverses définitions que la communauté, dans l'opinion de nos anciens auteurs, n'existe que fortuitement, sans qu'il y ait eu entente préalable des copropriétaires : « *sans qu'ils en fussent convenus*, » dit Domat ; « *société fortuite*, » dit Ferrière ; « *sans qu'il y ait eu entre elles aucun contrat de société ni aucune autre convention*, » dit aussi Pothier.

Or cette idée nous paraît inexacte, et nous croyons qu'il y aura communauté dans le cas où les parties *sont convenues* d'établir entre elles une communauté, aussi bien que dans l'hypothèse où la communauté se trouve formée entre elles sans aucune convention préalable de leur part.

Par exemple, plusieurs personnes conviennent d'acheter ensemble un immeuble, une forêt, un marais, une lande, qu'elles diviseront ensuite entre elles dans la proportion des sommes que chacune des parties a fournies. Il y a entre ces personnes une convention, celle d'acheter en commun une chose et de la partager ensuite ; néanmoins elles n'ont pas établi de société, car il y manque un élément essentiel que l'article 1832 indique dans la définition qu'il donne de la société, le dessein « de partager le bénéfice qui pourra en résulter. » Ici les parties ont bien voulu acheter en commun une chose, mais, une fois l'achat fait, l'opération

¹ Ferrière, DICTIONNAIRE DE DROIT ET DE PRATIQUE, v^o *Communauté*.

² *Du Quasi-Contrat de Société*, n^o 181.

projetée est terminée, et elles n'ont pas l'intention de spéculer avec le bien par elles acquis ; ce qui exclut toute idée de société, et ne laisse subsister entre les contractants qu'une communauté. Cette communauté dérive d'une convention, elle a été voulue par les parties, elle n'a rien de *fortuit*, comme le disait Ferrière, et cependant elle présente les mêmes caractères et devra produire les mêmes effets que la communauté qui existe entre héritiers ou légataires appelés à recueillir le même patrimoine ou le même bien déterminé.

Ce qui caractérise la communauté, ce n'est pas son origine ; cette origine peut être étrangère à la volonté des copropriétaires, comme dans le cas de succession ou de legs, ou bien elle peut émaner de leur volonté, comme dans le cas d'achat fait en commun d'un bien destiné à être partagé : le trait distinctif, c'est qu'il n'y a entre les parties aucune société, aucune volonté de poursuivre ensemble un bénéfice à l'aide de l'objet mis en commun, mais une simple juxtaposition d'intérêts. Ces différents copropriétaires indivis sont associés *re*, ils ont des intérêts communs à propos de la chose dont ils sont copropriétaires : voilà pourquoi il s'établit entre eux par le fait même, qu'ils le veulent ou non, une espèce d'association *sui generis* qui s'appelle la communauté et dont nous avons à indiquer les caractères et les effets.¹

377. — Le principe que nous venons de poser, sur les caractères de la communauté, conduit aux conséquences suivantes.

Il y aura communauté, d'abord, lorsque plusieurs personnes ont acheté en commun, soit un immeuble,² soit des

¹ Cassation, 22 novembre 1852, Sirey, 53, 1, 73, et Dalloz, 52, I, 325. — Troplong, *Du Contrat de Société*, 1, n° 28 ; Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 40 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 75. — *Compar.* 22 novembre 1811, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v° *Société*, n° 119. — Adde, *Suprà*, n° 20.

² Cassation, *Arrêt précité* du 22 novembre 1852.

meubles,¹ pour les partager, puisque, comme nous venons de le dire, elles ne se sont pas proposé de spéculer avec la chose par elles acquise, et que cette idée est essentielle pour qu'il y ait société.

Il y aura encore communauté, et non société, lorsque les parties ont voulu faire un bénéfice à l'aide de l'objet par elles acheté, mais qu'elles n'ont pas voulu le faire *en commun*. Nous avons examiné cette question dans l'hypothèse où plusieurs personnes achètent une usine pour en jouir *alternativement*, et notre conclusion a été qu'il n'y a pas entre elles société, mais simple communauté, car il n'y a réellement pas d'association entre les parties pour mettre une chose « en commun et en partager le bénéfice », comme l'exige avec raison l'article 1832.²

378. — La communauté porte tantôt sur des objets particuliers, un immeuble, des meubles : c'est ce qui a lieu dans l'hypothèse d'un legs particulier fait à plusieurs, ou de l'achat en commun d'objets déterminés.

Tantôt au contraire elle porte sur une universalité : c'est ce qui arrive dans l'hypothèse où une succession est dévolue à plusieurs héritiers, ou léguée à plusieurs légataires. Jusqu'au partage, ces héritiers ou légataires sont régis par les principes de la communauté.

Le législateur Français n'a pas consacré d'articles spéciaux à la théorie générale de la communauté. Il traite seulement des effets de la communauté entre héritiers et légataires aux Titres *Des Successions* et *Des Donations entre vifs et des Testaments* ; de plus, au Titre *Des servitudes ou services fonciers*, il s'occupe de deux hypothèses dans lesquelles il y a communauté à propos d'objets déterminés, *la mitoyenneté des murs, des haies et des fossés, et la copropriété des étages d'une maison*. C'est en combinant les règles tracées par la loi pour ces diverses sortes de communautés

¹ Aix, 30 novembre 1853, Dalloz, 55, II, 117.

² *Suprà*, n° 17. — Cassation, 4 janvier 1842, Sirey, 42, I, 231.

avec les règles du contrat de société, le contrat qui se rapproche le plus de la communauté par sa nature et ses effets, que nous allons essayer de donner une théorie générale de la communauté.

Le Code civil Italien de 1866, et après lui le Code civil Espagnol de 1889, qui n'a fait sur ce point que reproduire à peu près textuellement les dispositions du Code Italien, ont comblé cette lacune, et consacré à la communauté tout un chapitre en traitant de la propriété ; et nous aurons aussi à rapprocher ces dispositions des solutions que nous proposerons pour la communauté, sous l'empire du Code civil Français.¹

379. — Nous diviserons nos explications sur la matière de la communauté en deux parties :

Chapitre I. — *Des droits et des obligations des communistes.*

Chapitre II. — *De la manière dont la communauté prend fin, et du partage des choses communes.*

¹ *Code civil Italien*, articles 673-684, traduction Orsier, p. 155-158 ; *Code civil Espagnol*, articles 392-406 ; Lehr, *Eléments de droit civil Espagnol*, II, p. 180-183 ; Levé, *Code civil Espagnol*, p. 84-87. — Les indications qui seront données dans les n^{os} suivants se réfèrent à ces différentes traductions.

CHAPITRE PREMIER

DES DROITS ET DES OBLIGATIONS DES COMMUNISTES.

380. — Nous étudierons, à propos des droits et des obligations des communistes, les deux questions suivantes :

- I. — *Des droits des communistes ;*
- II. — *De leurs obligations.*

SECTION I

Des droits des communistes.

381. — L'article 394 du Code civil Espagnol, relatif aux droits des communistes, s'exprime ainsi :

« Chaque participant peut se servir des choses communes, à la condition d'en disposer conformément à leur destination et de façon à ne pas nuire aux intérêts de la communauté ni empêcher les autres participants d'en user selon leurs droits. »¹

Ce texte nous paraît bien résumer les principes applicables aux droits des copropriétaires sous la législation Française, au moins lorsqu'il s'agit d'une copropriété qui peut être divisée, car nous allons voir que la règle n'est pas tout à fait la même au cas *d'indivision forcée*. Mais, dans l'hypothèse où nous nous plaçons d'abord, celle où les parties sont restées dans l'indivision parce qu'il leur a plu d'y rester, chacune d'elles a sur la chose commune des droits égaux, limités par trois sortes de restrictions :

1° La destination de la chose, que chaque copropriétaire doit respecter ;

2° Le droit égal des autres copropriétaires, qui ne doit pas être entravé par l'usage que l'un d'eux fait de son propre droit ;

¹ *Sic* article 675 du Code civil Italien.

3° Les intérêts collectifs de la communauté, qui ne peuvent être sacrifiés à l'utilité d'un seul des copropriétaires.

D'ailleurs ces règles sont écrites pour les associés dans l'article 1859, 2°, et, au point de vue des droits sur la chose commune, il ne peut pas y avoir de différence entre des associés dans une société civile et de simples copropriétaires. Les uns comme les autres sont copropriétaires par indivis des objets communs, et ils ont sur eux des droits égaux ; et il est équitable que chacun puisse en retirer la plus grande somme d'avantages, du moment où il ne nuit ni à la société ou à la communauté, ni aux droits égaux des autres copropriétaires.

C'était déjà la solution que Pothier donnait dans notre ancien droit :

« C'est un principe général, dit-il, que la communauté
« d'une chose donne à chacun de ceux à qui elle appartient
« en commun le droit de s'en servir pour les usages aux-
« quels elle est par sa nature destinée, avec ce tempéra-
« ment néanmoins qu'il doit en user en bon père de fa-
« mille, et de manière qu'il ne cause aucun préjudice à
« ceux avec qui la chose lui est commune, et qu'il n'em-
« pêche point l'usage qu'ils en doivent pareillement avoir. »¹

Telles sont les règles qui doivent, aujourd'hui encore, gouverner les droits des copropriétaires sur les choses communes.²

382. — La jurisprudence nous fournit un certain nombre d'applications intéressantes de ces principes.

Ainsi il a été jugé que les choses laissées en commun ne pouvaient servir qu'à la destination pour laquelle elles ont été laissées en commun. Un terrain laissé dans le but de servir de passage, pour la desserte de certains héritages, ne peut être utilisé par l'un des copropriétaires pour l'accès d'autres héritages, ayant une origine différente de ceux pour

¹ *Du Contrat de Société*, n° 207.

² Demolombe, *Cours de Code civil*, XI, n° 446; Aubry et Rau, II, § 221, texte et note 13, p. 406; Laurent, XXVI, n° 436.

lesquels le passage a été constitué ;¹ l'usage d'un puits, laissé en commun pour l'utilité de certains immeubles, ne peut être étendu à d'autres immeubles, que l'un des copropriétaires viendrait à acquérir par la suite ;² généralisant ces applications, on doit décider que les copropriétaires sont tenus, dans l'usage qu'ils font de la chose commune, d'en respecter la destination légale ou conventionnelle.

Ainsi encore on a jugé avec raison que l'un des copropriétaires ne pouvait pas constituer de servitudes sur le fonds commun, sans le consentement des autres copropriétaires, car cette constitution de servitude diminue la valeur de la chose commune et entrave la jouissance des autres copropriétaires.³ Par les mêmes motifs, la Cour de cassation a justement décidé que l'un des copropriétaires d'un immeuble indivis ne pouvait autoriser un tiers à chasser sur cet immeuble, concurremment avec lui :

« Attendu que si, par suite de l'état d'indivision, chaque
« copropriétaire joint à un titre égal des droits inhérents à
« la propriété qui sont compatibles avec la nature de la chose
« commune, l'un d'eux ne peut seul, au détriment des
« droits de l'autre, diminuer l'étendue de cette jouissance
« et de ses avantages en y faisant participer un tiers con-
« curremment avec lui. »⁴

383. — Nous trouvons, dans un arrêt de la Cour de Toulouse, une autre application assez inattendue, mais très exacte à notre avis, des principes que nous venons de poser sur la jouissance de la chose commune.

Une mère veuve et ses enfants habitent ensemble un immeuble indivis, à propos duquel une instance en partage est pendante devant le tribunal. L'un des enfants, mineur de vingt-cinq ans, veut se marier, et, sur le refus de sa mère de donner son consentement au mariage qu'il projette, il

¹ Paris, 6 novembre 1863, Dalloz, 63, II, 212.

² Bourges, 13 novembre 1838, Sirey, 39, II, 84.

³ Limoges, 25 avril 1888, Dalloz, 89, II, 288.

⁴ Cassation, 19 juin 1875, Dalloz, 77, I, 237.

introduit dans l'héritage qu'il habite sa « future épouse ». La mère, justement indignée, introduit un référé pour faire juger qu'il y a abus du droit de propriété indivise appartenant à son fils, et qu'il y a atteinte à la jouissance commune des autres copropriétaires. La Cour de Toulouse, saisie de l'appel de l'ordonnance du juge des référés qui s'était déclaré incompetent, décide que le juge des référés était compétent, les cas d'urgence dans lesquels il peut statuer n'étant point limitativement désignés par le Code de Procédure ; et, au fond, la Cour apprécie dans les termes suivants l'atteinte portée au droit des autres copropriétaires de l'immeuble indivis :

« Attendu que le domaine et le château de Z... sont la
« propriété indivise de la dame veuve de X... et de ses trois
« enfants, dont l'un est encore mineur ;

« Attendu qu'il est de principe que les copropriétaires
« d'un immeuble doivent, pendant l'indivision, en jouir en
« bons pères de famille ; qu'ils doivent se respecter les uns
« les autres ; qu'ils ne peuvent faire aucun changement
« matériel qui serait préjudiciable à l'un d'eux ; qu'à plus
« forte raison ils ne peuvent pas, dans leur jouissance com-
« mune, porter atteinte aux lois civiles, à la morale et à
« la décence publique ; que d'ailleurs il résulte des faits
« de la cause qu'il y a eu, de la part d'Henri de X..., un
« abus de jouissance suffisamment établi ;

« Attendu qu'il résulte de ce qui précède que Henri de X...
« n'a pas le droit d'introduire dans le château de Z..., où
« habitent sa mère et sa sœur, et momentanément son
« jeune frère, actuellement à Paris, Blanche Y..., à laquelle
« il n'est pas uni par les liens du mariage. »¹

Nous approuvons tout à fait cette décision : comme la Cour le dit très bien, puisque l'on défend aux copropriétaires, tenus de jouir de la chose commune en bons pères de famille, les aménagements d'*ordre matériel* qui pourraient entraver la jouissance des autres propriétaires, à

¹ Toulouse, 4 janvier 1875, Sirey, 75, II, 68.

plus forte raison doit-on leur défendre les abus de jouissance d'*ordre moral*, qui peuvent porter atteinte aux droits égaux des autres copropriétaires. A ce point de vue, rien ne peut être plus odieux que l'introduction dans la demeure indivise de la famille de cette « future épouse, » sous le même toit que la mère et la sœur ! La jouissance commune de l'héritage indivis n'était plus possible, il fallait que les uns ou les autres quittassent cette demeure, et c'est à bon droit que l'arrêt a prononcé l'expulsion de la « future épouse. »

Il y a lieu de généraliser la doctrine de cet arrêt, et de poser en principe que chaque copropriétaire doit « *jouir civilement* » de la chose commune ; ce qui ne veut pas dire seulement qu'il doit, au point de vue matériel, ne pas entraver la jouissance des autres copropriétaires, mais aussi qu'il ne doit pas l'entraver au point de vue moral, et que tout usage immoral ou illicite de l'héritage indivis doit être proscrit.

384. — Pour faire respecter son droit par les autres copropriétaires, celui d'entre eux qui prétend qu'une entrave a été apportée à l'exercice de ce droit pourra, suivant les cas, agir par l'un ou par l'autre des procédés suivants : il pourra toujours saisir les tribunaux civils d'une demande principale tendant à faire réprimer les abus dont il se plaint ; il pourra parfois, s'il y a une urgence évidente, citer le copropriétaire dont il critique les actes devant le juge des référés, comme dans l'hypothèse de l'arrêt de Toulouse relaté au numéro précédent ; enfin il pourra agir *au possessoire*, devant le juge de paix, comme il le pourrait si sa possession était troublée par un tiers au lieu de l'être par un des copropriétaires.¹

¹ Cassation, 8 décembre 1824, Sirey, c. n., VII, II, 585 ; Cassation, 4 avril 1842, Sirey, 42, I, 686 ; Cassation, 6 janvier 1852, Sirey, 52, I, 317 ; Cassation, 11 novembre 1867, Dalloz, 68, I, 426 ; Cassation, 14 février 1876, Dalloz, 77, I, 327 ; Cassation, 22 juin 1881, Dalloz, 82, I, 208. — Estrangin, *Dissertation*, Sirey, 24, II, 236, et c. n., VII, I, 427 ; Aubry et Rau, II, § 187, texte et note 2, p. 149 ; Bioche, *DICTIONNAIRE DE PROCÉD.*, v° *Action possessoire*, n° 112.

385. — Le droit de jouissance des copropriétaires sur la chose commune est plus étendu, avons-nous dit, lorsque cette chose doit, par sa nature, rester nécessairement indivise entre eux.

Cette copropriété, avec indivision forcée, est quelquefois désignée sous le nom de *servitude d'indivision*, et nous trouvons une justification de ce nom dans un arrêt de la Cour de cassation :

« Attendu que, toutes les fois qu'entre deux propriétés
 « et deux établissements principaux, possédés séparément
 « par deux différents propriétaires, il existe un objet acces-
 « soire, une dépendance tellement nécessaire à l'exploita-
 « tion des deux propriétés principales que, sans sa pos-
 « session et jouissance communes, lesdites propriétés prin-
 « cipales seraient ou de nul usage, ou d'un usage notable-
 « ment détérioré, alors, pour ne pas sacrifier le principal
 « à l'accessoire, il n'y a pas lieu à partage dudit objet ac-
 « cessoire, et les deux propriétaires sont censés demeurer
 « à cet égard *moins dans une indivision que dans une ser-
 « vitude réciproque de l'un envers l'autre.* »¹

Ces expressions, *servitude d'indivision*, nous paraissent peu exactes, et voici comment nous analysons la convention complexe intervenue entre les copropriétaires originaires.

Dans l'intérêt de propriétés que l'on va partager, pour faciliter leur accès, leurs vues, l'égoût de leurs toits, le puisage de l'eau nécessaire aux habitants des héritages qui vont être divisés, etc..., ces copropriétaires conviennent de laisser en commun, pour toujours, une partie des biens qu'ils vont partager, qui deviendra une cour commune, une allée commune, un chemin commun, un puits commun.

Cette copropriété qui va être laissée en état d'indivision perpétuelle présente un double caractère : c'est, avant tout, *une copropriété indivise*, et voilà pourquoi nous n'accep-

¹ Cassation, 10 décembre 1823, Sirey, c. N., VII, I, 351. — Sic Pardessus, *Des Servitudes*, n° 190 et suiv.; Duranton, V, n° 149. — *Compar.* Cassation, 10 janvier 1842, Sirey, 42, I, 311.

tons pas les expressions de *servitude d'indivision*. Ce qui est indivis, ce n'est pas la servitude, c'est la copropriété, et elle est indivise pour toujours.

Mais, à côté de ce premier caractère, il y en a un second, qui va faire apparaître l'élément de servitude : cette copropriété indivise est grevée dans toutes ses parties de servitude au profit des fonds en faveur desquels elle a été créée, servitude de passage, servitude de vue, servitude de puisage, etc..., et c'est ce qui explique que le nom de servitude d'indivision, tout inexact qu'il nous semble, ait pu être donné dans cette hypothèse. Il y a en effet une espèce de servitude sur le fonds indivis, mais plus ample que les servitudes ordinaires, car elle s'exerce à *titre de propriété*, en ce sens que chacun de ceux qui exercent la servitude est copropriétaire du terrain sur lequel il l'exerce, tandis que, d'ordinaire, nous n'avons de servitude que sur la chose d'autrui ; *nemini res sua servit*.

Aussi croyons-nous qu'il convient de rejeter la dénomination de *servitude d'indivision*, et d'appeler *copropriété avec indivision forcée* cette indivision spéciale, qui se rapproche des servitudes par son caractère de réalité et de perpétuité, mais dans laquelle domine le caractère de copropriété affectée à un usage spécial qui en rend le partage impossible.¹

385 1. — La loi romaine prévoyait cette indivision forcée, à propos d'un vestibule commun, servant à l'accès de deux appartements qui n'ont pas d'autre issue :

« *De vestibulo communi binorum ædium arbiter communi*
« *dividundo invito utrolibet dari non debet ; quia qui de*
« *vestibulo licere cogitur, necesse habet interdum totarum*
« *ædium pretium facere, si alias aditum non habet.* »²

Notre ancien droit l'admettait aussi.³

¹ Aubry et Rau, II, § 221 *ter*, texte et note 1, p. 411-412 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, XI, n^{os} 444-445 ; Laurent, VII, n^o 482.

² L. 19, § 1, D., *Communi dividund.* (X, III).

³ Pothier, *Du Contrat de Société*, n^o 196.

Les exemples de ces propriétés accessoires, grevées d'indivision forcée dans l'intérêt des héritages voisins dont elles ont originairement dépendu, sont nombreux : nous citerons notamment les puits, les fosses d'aisances, les allées, les chemins d'exploitation,¹ les ruelles,² les avenues, les sentiers, les cours, etc...

Nous ferons remarquer toutefois que cette indivision forcée n'existe que dans la mesure de la nécessité : pour les cours communes en particulier, si, à raison de leur étendue, elles pouvaient être partagées sans cesser de remplir leur destination et sans entraver l'accès des héritages pour lesquels elles ont été créées, l'action en partage formée par l'un des copropriétaires devrait être accueillie. Le droit de demander le partage de tous les biens indivis est la règle, et l'indivision forcée une exception qui doit être justifiée par la nécessité.³

386. — Comment expliquer la prohibition pour les copropriétaires de demander le partage de ces immeubles d'un caractère spécial, en présence de la règle de l'article 815, d'après laquelle nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision, et qui ne valide que pour une durée de cinq années la convention de suspendre le partage ?

La réponse est facile pour les partisans de la *servitude d'indivision* ; la servitude, qualité des héritages auxquels elle est attachée, ne peut être l'objet d'un partage ; mais, du moment où nous admettons que cet héritage accessoire est une copropriété indivise, comment peut-on convenir qu'elle ne sera jamais partagée, malgré la règle de l'article 815 ?

D'après M. Laurent, il est impossible de justifier cette exception, d'où la conséquence, que le savant auteur n'exprime pas formellement, mais qui résulte du passage que

¹ Cassation, 20 février 1866, Sirey, 66, I, 193.

² Pau, 29 mars 1867, Sirey, 67, II, 356.

³ Duranton, V, n° 149 ; Pardessus, *Des Servitudes*, n° 191 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, XI, n° 444 ; Aubry et Rau, II, § 221 *ter*, texte et note 4, p. 412.

nous allons citer, que l'on doit pouvoir provoquer le partage de ces immeubles :

« La seule raison que les auteurs et la jurisprudence invoquent, c'est la nécessité. Il est impossible de partager la chose commune, on le suppose ; si le partage était possible, l'article 815 reprendrait son empire. La limitation est tout aussi impossible ; en effet, elle aboutirait à donner la propriété exclusive de la chose à l'un des copropriétaires, et comment l'autre exploiterait-il son héritage, alors qu'il n'aurait plus l'usage de la chose sans laquelle l'exploitation ne peut se faire ?

« A notre avis, une impossibilité de fait ne peut être opposée à une loi d'ordre public. En effet, d'où vient cette impossibilité ? Elle vient en définitive des parties. Si l'on remonte à l'origine de la copropriété des ruelles, des chemins d'exploitation, des cours, que trouve-t-on ? Une convention qui consacre une chose à son usage commun. Ce sont donc les parties qui, en établissant une copropriété, la rendent indivise avec cet effet que l'indivision sera perpétuelle. N'est-ce pas contrevenir ouvertement à la prohibition de l'article 815 ? Vainement fait-on appel à la nécessité. Ce sont les parties intéressées qui ont créé cette nécessité. Prenons le cas le plus favorable. On partage une maison et on laisse la porte cochère et la cour commune entre les copartageants ; c'est l'espèce dans laquelle est intervenu l'arrêt de la Cour de cassation de 1832, et celui de 1823 a pour objet un cas à peu près identique. Sans doute, après le partage, il devient impossible d'exploiter les deux fractions de maison sans l'usage commun de la porte et de la cour. Mais qui a mis les copartageants dans cette impossibilité ? Leur propre fait. Ils ont voulu partager une chose qui était impartageable, puisqu'il n'y avait qu'une cour et qu'une porte pour une maison que l'on voulait partager en deux parties. Ce n'était pas là la voie légale ; quand une chose est impartageable, on la licite (article 1686). Au lieu de la liciter, les copro-

« propriétaires trouvent bon de maintenir l'indivision pour la
 « porte et la cour en partageant la maison ; ils se mettent
 « donc, par leur propre volonté, dans une impasse. En
 « effet, les voilà propriétaires chacun d'une maison sans
 « porte exclusive et sans cour ; ils possèdent en commun
 « ces choses indispensables. Mais si l'un d'eux demande le
 « partage de la cour et de la porte, que répondra l'autre ?
 « Qu'il y a indivision par nécessité ? C'est lui-même qui
 « s'est mis dans cette nécessité ; c'est aussi à lui à en subir
 « les conséquences. La conséquence ne peut pas être qu'il
 « dépend de celui qui volontairement a créé une copro-
 « priété de la rendre indivise à perpétuité malgré le lé-
 « gislateur.

« ... Nous n'entendons pas contester l'utilité qu'il peut
 « y avoir, dans quelques circonstances, d'user des choses
 « communes avec indivision forcée. Mais l'article 815 pro-
 « hibant l'indivision forcée par des motifs d'ordre public,
 « le législateur seul aurait pu admettre une exception. Il
 « n'y a pas d'exception sans loi ; il ne peut surtout pas y
 « en avoir alors qu'il s'agit de déroger à une loi d'ordre
 « public. »¹

Malgré la logique apparente de cette argumentation, nous croyons qu'il faut reconnaître la légitimité de l'exception, que l'on admet communément, à la règle de l'article 815.

Nous constatons d'abord que cette exception a pour elle l'autorité de la tradition. Admise en droit Romain par la loi 19, § 1, *Communi dividundo*,² elle était admise aussi dans notre ancien droit :

« Ce principe (que chacun peut faire cesser la commu-
 « nauté) souffre, dit Pothier, une exception à l'égard des
 « murs communs, qui font la séparation de deux maisons
 « voisines, et des autres choses communes entre deux voi-
 « sins, qui sont absolument nécessaires pour l'usage de

¹ VII, n° 482.

² D., X, III.

« leurs maisons, telle qu'est une allée commune ou un
 « escalier commun qui sert de passage aux deux maisons,
 « un puits commun, etc... »¹

En second lieu, l'exception est, à notre avis, *nécessaire* et *d'ordre public* ; et elle ne porte nulle atteinte aux principes qui ont amené le législateur à édicter la règle de l'article 815.

Précisons bien les motifs de la règle et de l'exception.

En proscrivant l'indivision en principe, le législateur a voulu éviter les inconvénients de toute nature, d'intérêt privé et d'ordre public, qu'elle fait naître :

« D'une part, dit très bien M. Demolombe, l'indivision
 « entrave l'exercice du droit de propriété, au préjudice de
 « chacun des communistes ; et la dépendance réciproque
 « où ils se trouvent constamment les uns à l'égard des au-
 « tres, et qui les expose à toutes sortes de mauvais vou-
 « loirs, de maladresses et de tracasseries, suscite presque
 « toujours entre eux des dissentiments d'abord, puis bientôt
 « des inimitiés et des procès d'autant plus déplorables, sur-
 « tout lorsqu'il s'agit d'une hérédité indivise, qu'ils portent
 « la désunion au sein même des familles : *Discordias pro-*
 « *pinquorum, quas materia communionis solet excitare,*
 « disait Papinien.² D'autre part, l'indivision est un obstacle
 « non seulement à la circulation des propriétés, au déve-
 « loppement des transactions, et du crédit privé et public,
 « mais encore au bon entretien, à l'amélioration des biens,
 « et au progrès de l'agriculture et de l'industrie.»³

Il est évident que ces motifs ne s'appliquent pas aux hypothèses pour lesquelles existe l'exception dont nous nous occupons. Bien loin d'entraver l'exercice du droit de propriété, cette exception le facilite ; et elle n'apporte aucun obstacle ni à l'amélioration, ni à la circulation des biens.

Mais nous allons plus loin, et nous disons que les motifs

¹ *Du Contrat de Société*, n° 196.

² L. 77, § 20, D., *De Legatis* 2^o (XXXI, I).

³ *Cours de Code civil*, XV, n° 486.

spéciaux sur lesquels repose cette exception la rendent nécessaire, non seulement dans l'intérêt privé des copropriétaires, mais dans l'intérêt général de la propriété.

Prenons deux des exemples les plus fréquents de cette copropriété indivise, les cours et allées communes dans les villes, les chemins communs d'exploitation dans les campagnes.

Toutes les maisons dans les villes ne sont pas en bordure sur la voie publique ; beaucoup au contraire sont situées au fond d'allées ou de cours, et, lorsqu'on les partage, il est nécessaire de laisser en commun l'allée ou la cour qui est le seul accès de l'héritage.

Mais, dit M. Laurent, puisque le partage de pareils immeubles est impossible, il n'y a qu'un parti légal à prendre, c'est de les liciter.

C'est bien vite dit, mais nous croyons que le savant jurisconsulte n'a pas suffisamment réfléchi aux conséquences de cette licitation obligatoire : voilà des immeubles nombreux, très nombreux même, dans les villes populeuses, qui ne pourraient *jamais* être partagés, qui ne pourraient appartenir qu'à un propriétaire unique, car il serait défendu de laisser en commun leurs accessoires nécessaires. Cette rigueur, qui n'aurait d'autre fondement qu'une logique impitoyable, serait très dommageable aux communistes, cohéritiers ou autres, obligés de vendre en bloc, et par là même à un prix peu élevé, un immeuble où chacun aurait pu trouver un logement pour lui-même ou un appartement d'une location facile.

Les mêmes observations s'appliquent aux immeubles ruraux : il y en a beaucoup qui ne sont pas immédiatement contigus à une voie publique, et qui ne peuvent s'accéder que par des terrains laissés pour servir de passage. Tous ces immeubles devraient être licités, parce qu'on ne pourrait convenir que le passage qui permet l'accès à la voie publique restera commun entre eux !

Une théorie aussi absolue serait, nous croyons l'avoir

démontré, aussi dommageable à l'intérêt privé qu'à l'intérêt général.

M. Laurent objecte que le texte de l'article 815 est absolu et ne fait pas cette exception, et qu'il n'appartient point à l'interprète d'en apporter.

Voici notre réponse.

L'article 815, placé au Titre *Des successions*, au Chapitre VI, *Du partage et des rapports*, ne fait pas cette exception, parce que la pensée du législateur ne s'est pas arrêtée et ne devait pas s'arrêter, dans la matière des successions, sur le genre de propriété particulière qui nous occupe. Le législateur, frappé des inconvénients généraux de l'indivision entre héritiers, a reproduit, d'après le droit Romain et notre ancien droit, la règle que le partage des successions peut toujours être demandé. S'il avait traité de la *propriété indivise* en général, comme le code Espagnol et le code Italien, il aurait certainement, comme ces deux législations, reproduit l'exception de notre ancien droit.

Voici, sur ce point, la disposition du code Espagnol, dans son article 401 :

« Les copropriétaires ne peuvent exiger le partage, s'il « doit avoir pour résultat de rendre la chose impropre à « son usage spécial. »¹

Comme les règles de la propriété indivise ne sont tracées nulle part dans notre Code civil, nous sommes autorisés à conclure que, si cette propriété est gouvernée par la règle de l'article 815, qui doit être généralisée, bien qu'écrite seulement pour les successions, cette règle comporte l'exception que commandent la tradition et l'intérêt des copropriétaires.

387. — La question de savoir s'il y a *propriété indivise* ou *servitude d'indivision*, dans l'hypothèse que nous examinons, n'est pas seulement une question théorique, mais elle offre, au point de vue pratique, une réelle importance, comme nous allons le voir.

¹ Sic. *Code civil Italien*, article 683.

Sans doute on devra décider pour cette copropriété, comme l'article 637 le décide pour les servitudes, qu'elle ne pourra être réservée qu'au profit d'héritages, et non au profit de personnes. C'est un principe qui domine tout notre droit moderne que la propriété ne peut être grevée, sous une forme quelconque, d'assujettissement au profit des personnes, et il y a lieu d'appliquer ce principe à toutes les manières d'être de la propriété, copropriété indivise ou servitudes.¹

Mais, en dehors de cette analogie avec les servitudes, les règles qui gouverneront la copropriété avec indivision forcée seront les règles de la propriété, et non celles des servitudes.

Ainsi on devra décider que l'action possessoire est toujours recevable, lorsqu'il s'agit d'une copropriété, tandis que, s'il s'agissait d'une servitude, elle ne serait recevable que pour les servitudes présentant le double caractère de continuité et d'apparence. C'est ainsi, notamment, que l'action possessoire ne serait pas recevable en matière de servitude de passage, tandis qu'elle devra être admise s'il s'agit de la possession d'un chemin ou d'une allée commune.² Par les mêmes motifs, la prescription de trente ans, qui ne pourrait faire acquérir une servitude discontinuée, constituera un titre légitime pour l'acquisition de la communauté d'un passage.³

C'est ainsi encore que l'on ne devra appliquer à la copropriété avec indivision forcée ni l'article 701, qui autorise le changement d'assiette de la servitude, lorsque le propriétaire du fonds assujéti offre un autre endroit aussi commode pour le fonds servant et moins dommageable pour le fonds dominant ;⁴ ni l'article 702, qui prohibe

¹ Pardessus, *Des Servitudes*, n° 191 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, XI, n° 444.

² *Suprà*, n° 384.

³ Aubry et Rau, IV, § 221 *ter*, texte et note 6, p. 412.

⁴ Cassation, 17 novembre 1841, Sirey, 41, I, 150 ; Paris, 15 mars 1856, Sirey, 57, II, 61 ; Cassation, 15 février 1858, Sirey, 58, I, 347.

toute aggravation de la servitude ;¹ ni l'article 706, qui déclare que les servitudes s'éteignent par le non usage prolongé pendant trente ans,² etc....

On doit même, à notre avis, repousser l'application de cette règle des servitudes, qu'elles ne peuvent exister qu'au profit du fonds dominant, dont elles forment une qualité, et qu'elles ne peuvent être rattachées à un autre fonds.

Mais ici la question est controversée, et même l'opinion dominante enseigne que la copropriété indivise, comme la servitude, ne peut profiter qu'aux héritages en vue desquels elle a été réservée.³

Précisons bien, tout d'abord, la portée de l'opinion que nous entendons soutenir. Il est certain que l'un des copropriétaires ne peut pas aggraver la condition des autres copropriétaires, soit en étendant l'usage de la chose commune à des héritages pour lesquels elle n'a pas été réservée, soit en cédant cette copropriété au maître d'immeubles plus importants. Nous avons dit en effet que chaque copropriétaire devait jouir de la chose indivise en respectant l'usage pour lequel elle a été laissée en état d'indivision, et qu'il n'avait pas le droit de rendre pire la condition des autres copropriétaires.

Mais nous supposons qu'en cédant sa copropriété au maître d'un autre héritage le copropriétaire n'aggrave pas la condition des autres : par exemple, un chemin a été laissé en commun pour l'exploitation de quatre parcelles en labour d'une contenance de chacune un hectare. Le maître de l'une de ces parcelles se procure un autre accès pour son propre fonds, et il vend son droit de propriété dans le chemin commun au propriétaire d'une autre parcelle de terre, aussi en labour, et aussi d'une contenance d'un hectare.

¹ Cassation, 10 novembre 1845, Sirey, 46, I, 487 ; Cassation, 31 mars 1851, Sirey, 51, I, 404.

² Cassation, 25 avril 1855, Sirey, 56, I, 396.

³ Demolombe, *Cours de Code civil*, XI, n° 444.

Nous disons que cette cession, qui n'aggrave pas la condition des autres copropriétaires, est licite.

En principe, tout ce qui est dans notre domaine peut être aliéné, ainsi qu'il résulte des articles 1128 et 1598 ; s'il y a une exception pour les servitudes, qui ne peuvent être cédées sans le fonds pour lequel elles ont été créées, cela tient au caractère *accessoire* des servitudes ; qualités de l'héritage dominant, elles ne peuvent en être séparées, comme le jurisconsulte Celse l'exprimait très bien :

« *Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo.* »¹

La copropriété avec indivision forcée est autre chose : c'est une copropriété, c'est-à-dire une propriété comme une autre, aussi complète que la propriété exclusive, dont elle ne diffère que sur un point, l'obligation de respecter le droit égal des autres copropriétaires.

Voilà pourquoi nous pensons que le copropriétaire peut céder ses droits au propriétaire d'un autre immeuble, sous la condition de ne pas nuire au droit des autres communistes.

C'est ce que la cour de Caen a toujours fermement décidé, à propos de la copropriété des pressoirs ; il faut, d'après la jurisprudence de cette cour, rechercher avec soin dans les titres de propriété si les parties ont voulu constituer une copropriété du pressoir, ou simplement une servitude de pressurage. La copropriété est cessible, tandis que la servitude ne l'est pas, et la copropriété du pressoir peut être étendue à d'autres fonds que ceux pour lesquels elle a été originairement constituée, pourvu qu'il n'en résulte aucun dommage pour les autres copropriétaires.²

388. — Les droits des copropriétaires sur la chose commune ne sont pas les mêmes, avons-nous dit, dans la

¹ L. 86, D., *De Verb. signif.* (L, XVII).

² Caen, 16 avril 1839, 6 janvier, 25 février et 13 novembre 1841 : *Recueil des Arrêts de la Cour de Caen*, 1839, p. 379 ; et 1841, p. 70, 114 et 393.

copropriété avec indivision forcée que dans la copropriété de choses partageables, mais qu'on laisse indivises : ces droits sont, à notre avis, plus étendus, et un arrêt de la cour de Caen de 1843 a bien marqué la limite à laquelle s'étend le droit des copropriétaires, en cas d'indivision forcée :

« Considérant que les cours et passages communs étant,
 « par leur nature, soumis à un état d'indivis perpétuel,
 « sont aussi bien la propriété des comuniers dans cha-
 « cune de leurs parcelles que dans le tout, *tota in toto et*
 « *tota in qualibet parte* ; d'où résulte une rencontre et une
 « confusion de droits concurrents sur l'ensemble et les
 « parties de la chose, qui se résout dans la nécessité que
 « cette chose soit réputée *la propriété de chacun*, toutes
 « les fois que cela se peut sans préjudice de la propriété
 « de tous ;

« Considérant que ce système est parfaitement en har-
 « monie avec l'intérêt général, en ce qu'il tend à diminuer
 « autant que possible l'inconvénient des communautés, qui
 « paralysent toujours plus ou moins l'utilité des choses... »¹

Tel est le principe pour les biens indivis soumis à une indivision forcée : chaque copropriétaire devra sans doute respecter les droits de ses copropriétaires et la destination du bien indivis, mais, sous cette réserve, il pourra user de ce bien *comme s'il était sa propriété*, ce qu'il ne pourrait pas faire s'il s'agissait d'un bien indivis partageable.

Le motif de différence est le suivant : lorsque les parties sont convenues de laisser un bien en état d'indivision permanente, on doit présumer que chacune d'elles n'a consenti à cet abandon de son droit de demander le partage qu'à la condition de retirer du bien indivis tous les avantages que ce bien produirait pour son propriétaire. Chacune d'elles a dû trouver un équivalent pour l'abandon par elle fait d'un droit, et cet équivalent, cette compensation, c'est

¹ Caen, 24 août 1842, Sirey, 43, II, 78. — *Compar.* Paris, 6 novembre 1863, Sirey, 64, II, 36. — Aubry et Rau, II, § 221 *ter*, texte et note 9, p. 412-413.

la possibilité de retirer de la chose commune toute l'utilité qu'en retirerait un propriétaire unique, en respectant toutefois le droit égal des autres intéressés : c'est pour cela qu'elle a été laissée en commun.

M. Laurent, qui n'admet pas, comme nous l'avons vu, la théorie de l'indivision forcée, aboutit cependant à une conséquence bien peu différente de celle que nous proposons :

« Si l'indivision était réellement forcée, dit-il, on pourrait dire qu'elle est née du besoin que chacun des communistes avait de toute la chose, et par conséquent de ses diverses parties, que chacun doit donc être considéré comme étant seul et unique propriétaire. Mais le point de départ même est contestable. Nous n'admettons pas qu'il y ait indivision forcée. Toutefois il y a une nuance entre la copropriété dont nous parlons et la copropriété ordinaire. Qu'elle soit forcée ou non, toujours est-il qu'elle n'a pris naissance que parce que tous les communistes avaient un besoin égal de la chose qu'ils mettent ou qu'ils laissent en commun ; elle leur est nécessaire pour le tout, donc ils peuvent en user pour le tout ; et le juge doit, dans la décision des contestations qui s'élèvent entre eux, se montrer *plus large que s'il s'agissait d'une indivision ordinaire*. Voilà, nous semble-t-il, une différence qui résulte de la nature de cette copropriété ; *chacun a un droit plus étendu*, mais par cela même chacun doit aussi tolérer plus de son copropriétaire, et le juge n'écouterait pas facilement les plaintes que l'un d'eux fera contre l'autre ; ils doivent supporter ces inconvénients, puisque chacun les cause à son tour. »¹

Quoique inspirée par des motifs différents, la solution donnée par M. Laurent se rapproche beaucoup de celle que nous proposons, et nous acceptons sa formule, le droit de chaque communiste est *plus étendu* que dans une indivision ordinaire ; nous y ajoutons seulement qu'il est *aussi étendu*

¹ VII, n° 483.

que celui d'un propriétaire exclusif, pourvu que son exercice ne nuise pas à celui des autres communistes.

389. — La jurisprudence va nous présenter de nombreuses applications de ces droits des copropriétaires sur la chose commune en état d'indivision forcée.

Examinons d'abord leurs droits sur la cour commune, qui fournit un exemple très fréquent de ce genre de propriété.

Les copropriétaires de la cour commune pourront exhausser leurs bâtiments donnant sur cette cour, y ouvrir des fenêtres ou des portes nouvelles,¹ y envoyer les eaux pluviales découlant de leurs toits,² même les eaux ménagères, à moins que la disposition des lieux et l'absence d'écoulement n'y mettent obstacle.³

Mais ils n'auront le droit ni d'établir une clôture apportant un obstacle à la libre circulation dans la cour,⁴ ni d'y faire un dépôt permanent de fumier,⁵ ni d'y installer un atelier de chaudronnerie.⁶

S'il s'agit d'une ruelle commune, les copropriétaires bordiers de cette ruelle pourront percer des fenêtres dans leurs bâtiments, pourvu que la ruelle ait une largeur totale de 19 décimètres,⁷ et faire déverser dans la ruelle les eaux pluviales et ménagères, pourvu que la disposition des lieux le permette.⁸ Mais, si la ruelle avait moins de 19 dé-

¹ Paris, 11 juin 1842, Sirey, 42, II, 259; Cassation, 10 novembre 1845, Sirey, 46, I, 487, et Dalloz, 46, I, 139; Angers, 26 mai 1847, Sirey, 47, II, 411, et Dalloz, 47, IV, 447.

² Cassation, 6 février 1822, Sirey, c. n., VIII, I, 27; Grenoble, 10 novembre 1862, Sirey, 63, II, 207.

³ Caen, 23 avril 1847, Sirey, 48, II, 379.

⁴ Dijon, 15 décembre 1873, Dalloz, 77, V, 365; Cassation, 28 juin 1876, Sirey, 76, I, 344, et Dalloz, 78, I, 127.

⁵ Cassation, 24 novembre 1856, Sirey, 57, II, 304.

⁶ Chambéry, 14 mai 1870, Dalloz, 71, II, 32.

⁷ Caen, 24 août 1842, Sirey, 43, II, 78; Cassation, 31 mars 1851, Sirey, 51, I, 404; Bordeaux, 28 juillet 1858, Sirey, 59, II, 390. — *Contra*, Cassation, 5 mai 1831, Sirey, 33, I, 836.

⁸ Cassation, *Arrêt précité* du 31 mars 1851; Bordeaux, 20 juillet 1858, Sirey, 59, II, 350.

cimètres de largeur, ils ne pourraient ouvrir de fenêtres le long de cette ruelle.¹ Ils ne pourraient pas non plus la couvrir par une construction, même s'ils étaient bordiers des deux côtés.²

Si la copropriété indivise est un canal, on pourra y envoyer les eaux de toute nature, même les eaux de teinturerie.³

Si c'est un puits commun, le droit des copropriétaires ne va pas jusqu'à construire dans ce puits un mur séparatif, dont l'existence constituerait une gêne pour les autres copropriétaires.⁴

S'il s'agit d'une allée commune, l'un des copropriétaires ne pourra pas la clôturer par une barrière qu'il fermerait à clef pendant le jour.⁵

Ajoutons que pour savoir si ces divers aménagements dépassent ou non le droit des copropriétaires, on devra prendre en considération l'ancienneté des usages auxquels la chose commune était destinée.⁶ Mais le copropriétaire qui veut faire une innovation licite n'a nullement besoin de demander l'autorisation préalable de ses copropriétaires : c'est dans son droit propre, dont nous venons de déterminer l'étendue, qu'il trouve cette faculté.⁷

390. — Doit-on appliquer à la communauté la règle de l'article 1859, 4^o, d'après lequel l'un des associés ne peut faire *d'innovations* sur les immeubles dépendant de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent ?

¹ Montpellier, 14 novembre 1856, Sirey, 57, II, 81 ; Agen, 21 juin 1867, Sirey, 68, II, 180. — *Contrà*, Demolombe, *Cours de Code civil*, XII, n^o 565.

² Limoges, 26 janvier 1886, Dalloz, 87, II, 27.

³ Cassation, 9 juin 1868, Dalloz, 69, I, 195.

⁴ Cassation, 17 mai 1887, Sirey, 90, I, 315 ; Dalloz, 88, I, 60 ; et *Pandectes françaises*, 88, I, 312.

⁵ Caen, 23 décembre 1871, Dalloz, 72, V, 407.

⁶ Caen, 1^{er} août 1879, Sirey, 80, II, 13.

⁷ Cassation, 7 avril 1875, Sirey, 75, I, 299, et Dalloz, 75, I, 381.

En droit Romain et dans notre ancien droit, ces changements étaient prohibés, comme en matière de société :

« *Sabinus in re communi neminem dominorum facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi jus esse : in re enim pari, potiore causam esse prohibentis constat.* »¹

« Aucun des propriétaires d'une chose commune, dit Domat, ne peut y faire de changement qui ne soit agréé de tous, et un seul même peut empêcher contre tous les autres qu'il ne soit innové ; car chacun d'eux a la liberté de conserver son droit tel qu'il est : ce qu'il faut entendre des changements qui ne sont pas nécessaires pour la conservation de la chose ; car il ne serait pas juste qu'on la laissât périr par la bizarrerie de l'un des propriétaires. »²

Cette solution est aussi celle du Code civil Italien et du Code Espagnol :

« Aucun des copropriétaires, dit l'article 397 du Code Espagnol, ne peut, sans le consentement des autres, opérer des changements dans la chose commune, encore qu'il les juge avantageux à tous. »³

Dans notre droit moderne, deux opinions se sont produites quant à l'application de ce principe : l'une qui applique l'article 1859, 4^o, et interdit toute innovation matérielle ;⁴ l'autre qui rejette l'article 1859, 4^o, et permet toute innovation qui ne dénature pas la chose commune et qui ne cause pas aux autres copropriétaires une gêne ou un dommage grave.⁵

Pour nous, nous proposerons une troisième opinion que

¹ L. 28, D., *Communi dividund.* (X, III).

² *Les Lois civiles*, Livre I, Titre V, Section II, § 6.

³ Sic *Code Italien*, article 677.

⁴ Grenoble, 12 janvier 1818, Sirey, c. n., V, II, 343. — Aubry et Rau, IV, § 221 *ter*, texte et note 8, p. 405 ; Laurent, XXVI, n^o 438.

⁵ Toulouse, 30 mai 1828, Sirey, c. n., IX, II, 88. — Demolombe, XI, n^o 447 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n^o 577.

nous formulons ainsi : s'il s'agit d'une copropriété indivise ordinaire, partageable, un des copropriétaires ne pourra faire aucune innovation sans le consentement des autres copropriétaires ; mais, s'il s'agit d'une copropriété avec indivision forcée, chaque copropriétaire pourra faire les innovations qu'il voudra, sous la seule condition de respecter l'intérêt des autres copropriétaires et de ne pas nuire à leur droit de jouissance sur le bien commun.

Nous disons, d'abord, que s'il s'agit d'une copropriété indivise ordinaire, aucun des copropriétaires ne peut faire d'innovations sans le consentement des autres. La tradition historique est en ce sens, comme nous venons de le dire ; d'un autre côté, l'article 1859, 4^o, le décide ainsi en matière de société, et nous ne voyons aucune raison de différence, à ce point de vue, entre des associés et de simples communistes. Les uns comme les autres sont copropriétaires par indivis d'un bien qui sera un jour partagé entre eux, ou qui sera licité, et nous ne comprenons pas à quel titre l'un d'eux pourrait imposer sa volonté aux autres, lorsqu'il s'agit d'innovations : l'article 1859, 4^o, fournit, selon nous, un argument à *pari* décisif.

Au contraire, s'il s'agit de copropriété avec indivision forcée, la situation n'est plus la même. Nous avons affirmé le principe que, pour cette copropriété, chacun des communistes pouvait retirer de la chose commune tous les avantages qu'elle procurerait à un propriétaire unique ; et souvent ces avantages ne peuvent être obtenus qu'au moyen d'aménagements nouveaux, d'innovations en harmonie avec les installations nouvelles que le propriétaire fait dans son immeuble, ou avec la destination nouvelle qu'il lui donne.

A ce point de vue, nous approuvons complètement la théorie d'un arrêt de Metz dont nous allons transcrire quelques motifs, à raison de leur valeur doctrinale ; mais cette théorie ne nous paraît vraie qu'en la restreignant à la copropriété avec indivision forcée, et il est à remarquer d'ailleurs que c'est pour une copropriété de ce genre que l'arrêt est rendu, pour une cour commune :

... « Attendu que s'il existe quelque analogie entre les
 « intérêts de la communauté et ceux de la société dont
 « s'occupe l'article 1859, il n'y a lieu d'appliquer cepen-
 « dant aux innovations sur la propriété commune la règle
 « posée dans le n° 4 de l'article précité, qui interdit à l'un
 « des associés ces innovations, même quand il les sou-
 « tiendrait avantageuses à la société, si les autres associés
 « n'y consentent ; qu'il est évident que, dans la commu-
 « nauté, où ne se font pas sentir les mêmes nécessités de
 « sacrifice individuel à un intérêt social, il y aurait injus-
 « tice et presque atteinte au droit de propriété, si une in-
 « novation, notoirement utile à l'un des communistes,
 « pouvait être empêchée par la prohibition arbitraire ou
 « vexatoire d'un autre communiste ;

« Attendu qu'en pareille matière, et en l'absence de titres
 « ou de conventions réglant le mode de jouissance de la
 « chose commune, il faut chercher à concilier les droits
 « des parties, de telle sorte que chacune d'elles puisse
 « exercer le sien, sinon d'une manière absolue, au moins
 « d'une manière aussi complète que possible, et sans nuire
 « au droit collatéral dont le respect est un des devoirs de
 « la communauté ;

« Que ce droit réciproque d'user et de jouir de la chose
 « commune doit donc être déterminé au point de vue de la
 « plus grande utilité de tous les communistes et de chacun
 « d'eux, d'après les règles de l'équité et suivant les cir-
 « constances, en tenant compte des avantages et des incon-
 « vénients qui peuvent résulter pour chacun des copro-
 « priétaires de l'innovation voulue par un d'entre eux, et
 « en donnant la préférence à l'état de choses, soit ancien,
 « soit nouveau, qui, tout compensé, paraît donner satis-
 « faction au besoin dominant. »¹

Restreinte à la copropriété avec indivision forcée, cette
 théorie nous paraît excellente : pour ce genre de copro-

¹ Metz, 6 février 1857, Sirey, 58, I, 44, et Dalloz, 57, I, 196.

priété, l'innovation est permise en principe, et elle nous paraît être une conséquence de la perpétuité de l'indivision ; avec les années, les propriétés en faveur desquelles le bien commun a été réservé se modifieront, ce bien lui-même doit se modifier avec elles, et les juges n'ont à examiner, en cas de litige sur ce point, que la question de savoir si les droits des autres copropriétaires ont été suffisamment respectés par celui qui veut faire, ou qui a fait l'innovation.

391. — Comment la chose commune doit-elle être administrée, lorsqu'aucune convention ne règle cette administration ? Doit-on appliquer l'article 1859, 1^o, qui décide, en matière de société, que les associés sont réputés s'être donné réciproquement mandat d'administrer, et que ce qui est fait par chacun lie les autres, sans qu'il y ait besoin de leur consentement, et sauf leur droit de *veto* ?

Bien que l'affirmative ait été soutenue,¹ la négative seule nous paraît en harmonie avec les principes de la communauté : en effet, il n'y a pas entre les copropriétaires ce lien personnel qui caractérise la société, et qui fait que chacun d'eux, en contractant dans l'intérêt collectif, est réputé le mandataire de ses associés ; les copropriétaires ne sont unis par aucun lien personnel, leurs intérêts ne sont pas associés, ils sont juxtaposés, et lorsque l'un d'eux contracte à propos de la chose commune, on doit présumer qu'il gère son propre intérêt, et non pas celui des autres copropriétaires.²

Il suit de là, d'abord, que si l'un des associés a fait des dépenses à propos de la chose commune, les ouvriers qui ont fait les travaux n'ont d'action que contre lui ; sauf à celui-ci, s'il a géré l'affaire des autres copropriétaires en

¹ Bordeaux, 11 avril 1845, Sirey, 46, II, 315, et Dalloz, 45, IV, 482.

² Cassation, 21 novembre 1852, Sirey, 53, I, 73. — Aubry et Rau, II, § 221, texte et note 9, p. 405 ; Pont, *Du Contrat de Société*, n^{os} 77 et 82 ; Laurent, XXVI, n^o 440.

même temps que la sienne, à agir contre eux dans la limite de l'utilité de sa gestion.¹

Il en résulte, en second lieu, que si la chose commune est vendue, comme les copropriétaires ne sont pas réputés s'être donné mandat d'administrer, le paiement du prix fait à l'un d'eux ne libère pas l'acquéreur vis-à-vis des autres ;² ou bien encore si l'immeuble commun a été assuré par un seul des copropriétaires, agissant tant en son nom personnel que comme gérant d'affaires des autres copropriétaires, celui qui a fait l'assurance ne pourra pas seul demander à la compagnie l'indemnité totale, en cas de sinistre, et l'action judiciaire devra être intentée par tous les copropriétaires.³

De là découle encore cette conséquence, que nous avons étudiée dans notre *Traité du Louage*, que l'immeuble commun ne peut être donné à bail par un seul des copropriétaires par indivis.⁴

392. — Lorsqu'il s'agit d'actes d'administration de la chose commune, la décision de la majorité des copropriétaires lie-t-elle la minorité ? Pour la société, nous avons pensé qu'il devait en être ainsi, et que l'avis de la majorité était obligatoire pour la minorité, au moins pour les actes d'administration : doit-il en être de même en matière de communauté ?

C'est la solution donnée par la législation Italienne et la législation Espagnole. Voici comment s'exprime l'article 398 du Code Espagnol :

« En ce qui concerne l'administration et la meilleure
« jouissance de la chose commune, les décisions de la ma-
« jorité sont obligatoires pour tous ; mais il n'y a majorité
« qu'autant que la décision est prise par les participants

¹ Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 187 ; Laurent, *Op. et Loc. citat.*

² Cassation, *Arrêt précité* du 22 novembre 1852.

³ Chambéry, 18 janvier 1887, *France Judiciaire*, 90, II, 209.

⁴ Voir notre *Traité du Louage*, I, n° 54.

« représentant la plus forte part des intérêts qui font l'objet de la communauté. S'il n'y a point de majorité ou si sa décision porte une grave atteinte aux intérêts des autres participants, le juge prend, sur la requête de ceux-ci, les mesures convenables, y compris la nomination d'un administrateur. »¹

En est-il de même sous notre législation ? La négative est soutenue par M. Laurent :

« Là où il y a des intérêts communs, dit-il, il faut une délibération commune ; quand il s'agit d'actes d'administration, la majorité des associés lie la minorité. En est-il de même en matière de communauté ? Non, chacun des communistes a son intérêt individuel, pour mieux dire, son droit de propriété, dont il dispose en seigneur et maître ; lui seul a donc pouvoir de consentir ; dès lors il ne peut être question de lui imposer la volonté de la majorité... »²

Tel n'est pas notre avis, et nous croyons que la majorité lie la minorité des copropriétaires, lorsqu'il s'agit d'actes d'administration proprement dits. Nous prenons la formule de M. Laurent : « Là où il y a des intérêts communs, il faut une délibération commune. » Or il y a, à propos d'une propriété indivise, des intérêts communs auxquels il est nécessaire de pourvoir, tant que le partage n'a pas eu lieu. Il s'agit, par exemple, d'une propriété rurale qui n'est pas louée, de terres qui vont rester sans culture : la majorité des copropriétaires ne demande qu'à les louer, un seul s'y refuse, et son unique mobile est de nuire aux autres copropriétaires, qui peuvent supporter moins bien que lui cette privation de revenus : est-il équitable, est-il même raisonnable d'admettre que ce refus va suffire pour empêcher de

¹ Sic *Code civil Italien*, article 678.

² XXVI, n° 443. — *Compar.* Cassation, 31 octobre 1811, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v° *Société*, n° 514 ; Cassation, 13 mars 1866, Dalloz, 67, I, 222.

tirer parti de l'immeuble indivis ? Ou bien il s'agit d'un puits commun, pour lequel des travaux de curage, de creusement ou de maçonnerie sont nécessaires afin qu'il donne de l'eau potable : peut-on tolérer que le refus de l'un des copropriétaires, ou de la minorité des copropriétaires suffise pour que jamais ce puits ne soit remis en état de servir à sa destination ? Pour notre part, nous ne le croyons pas, et nous estimons que la majorité liera la minorité, comme elle l'oblige dans l'article 826 entre cohéritiers, ou comme elle l'oblige en matière de société, sauf recours aux tribunaux dans le cas où la majorité ne pourrait pas se former, ou dans le cas où elle prendrait une décision évidemment contraire aux intérêts de la chose commune.

Mais nous restreignons notre théorie *aux actes d'administration proprement dits*, et nous serions de l'avis de M. Laurent dans l'hypothèse qu'il donne comme exemple, et qui n'est pas un acte d'administration : s'il s'agit de *défrichements* ou de *constructions*, dit-il, l'unanimité des copropriétaires devra consentir. Nous le croyons comme lui, car les défrichements et les constructions constituent des innovations, qui ne peuvent être décidées que par l'unanimité des associés ; mais il en est autrement des actes courants d'administration, qui sont des actes *nécessaires*, et qu'il n'est pas au pouvoir de la minorité d'empêcher.

Du reste, le savant jurisconsulte nous paraît en contradiction avec lui-même, car, après avoir écrit au n° 443, dans le passage que nous avons cité, que la majorité ne pouvait pas lier la minorité en matière d'actes d'administration, il dit ce qui suit au n° 437 :

« Là où il y a droit et obligation, il y a aussi action judiciaire pour le maintien du droit et pour l'exécution forcée de l'obligation. Les associés ont l'action naissant du contrat de société. Que faut-il dire des communistes ? *L'un a-t-il action contre l'autre pour le contraindre à contribuer aux réparations ? Oui*, mais seulement à titre de

« charge pesant sur la copropriété, car d'obligation il n'y
« en a point... »

Sauf sur le principe même de cette action, sur lequel nous nous expliquerons bientôt, notre solution n'est pas autre que celle donnée par M. Laurent au n° 437 : l'un des copropriétaires a action contre l'autre pour le contraindre aux réparations de la chose commune, et, plus généralement, aux actes d'administration que comporte cette chose, car il n'est pas moins nécessaire de l'administrer que de la réparer. Mais il faut pour cela qu'il s'agisse d'actes d'administration nécessaires, et toute innovation devra être acceptée par l'unanimité des copropriétaires.

393. — Tout copropriétaire peut disposer comme bon lui semble de sa part dans la chose commune, l'aliéner, l'hypothéquer : la copropriété est en effet une propriété absolue, et la restriction que l'article 1861 apporte au droit de cession de l'associé, et qui ne s'explique que par le lien intime, *jus quoddam fraternitatis*, que fait naître la société, n'existe pas entre communistes, qui ne sont unis par aucun lien contractuel.¹

Si le copropriétaire aliène sa part indivise, la cession qu'il en fait n'est pas soumise au retrait. Nous avons en effet repoussé l'application du retrait en matière de société,² à plus forte raison faut-il la repousser en matière de communauté, où il n'y a aucun motif sérieux pour écarter un étranger.³

Quant aux hypothèques qu'un copropriétaire consentira sur l'immeuble indivis, elles sont subordonnées aux résultats du partage : le partage de la chose commune est, comme nous le verrons au chapitre suivant, soumis à la règle de l'article 883, et, tandis que l'hypothèque produira tous ses effets si l'immeuble tombe au lot du copropriétaire

¹ Sic *Code civil Espagnol*, article 399, et *Code civil Italien*, article 679.

² *Suprà*, n° 348.

³ Aubry et Rau, II, § 221, texte et note 4, p. 404.

qui l'a hypothéqué, elle s'évanouit si cet immeuble est placé dans le lot d'un des autres copropriétaires.¹

394. — Quel est le droit des créanciers sur la part indivise de leur débiteur dans la chose commune? Si cette chose n'est pas, par sa nature, soumise à une indivision forcée, ils peuvent incontestablement en provoquer le partage, et, une fois la part de leur débiteur fixée, la faire vendre : mais peuvent-ils la faire saisir et vendre sans demander le partage, comme part indivise dans la chose commune?

La question naît de l'interprétation de l'article 2205, aux termes duquel la part indivise « *d'un cohéritier* » dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer : ce texte ne s'applique-t-il qu'à l'indivision entre cohéritiers, pour laquelle il est écrit, ou doit-on l'étendre à toute espèce d'indivision, notamment à l'indivision entre communistes?

La question ne rentrant pas dans l'étude de la communauté, mais dans celle du Titre XIX du Livre III du Code civil, nous nous bornons à signaler qu'il existe sur ce point trois systèmes : l'un qui restreint l'application de l'article 2205 à l'indivision entre cohéritiers ;² l'autre qui l'étend à l'indivision entre toutes personnes entre lesquelles il peut y avoir des comptes à faire et des prélèvements à opérer, en matière de communauté de biens entre époux ou de société ;³ la troisième enfin qui applique ce texte à toute es-

¹ Cassation, 6 décembre 1826, Sirey, c. n., VIII, II, 474 ; Cassation, 8 février 1847, Sirey, 48, I, 43. — Pardessus, *Des Servitudes*, n° 254 ; Troplong, *Des Hypothèques*, II, n° 468 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, XII, n° 743 ; Aubry et Rau, II, § 221, texte et note 6, p. 404.

² Liège, 23 janvier 1834, Sirey, 34, II, 683 ; Bordeaux, 7 avril 1840, Sirey, 40, II, 521 ; Grenoble, 15 mars 1855, Sirey, 55, II, 196, et Dalloz, 55, II, 301.

³ Pont, *Expropriation forcée*, n° 8 et 9 ; Aubry et Rau, VIII, 778, texte et note 20, p. 462-463.

pèce d'indivision, notamment à l'indivision entre communistes.¹

Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur cette question, il paraît certain que si l'objet indivis est un meuble, l'article 2205 n'est pas applicable, puisqu'il ne parle que de la part indivise « *dans les immeubles* », et que ce texte constitue une exception au droit que l'article 2092 donne aux créanciers. Les créanciers pourront donc saisir et faire vendre, avant tout partage, la part indivise de leur débiteur dans les meubles communs.²

¹ Pau, 10 décembre 1832, Sirey, 33, II, 240 ; Lyon, 9 janvier 1833, Sirey, 33, II, 381 ; Lyon, 14 février 1839, Sirey, 40, II, 321 ; Douai, 2 mai 1848, Sirey, 49, II, 393, et Dalloz, 49, II, 184 ; Bordeaux, 19 juillet 1882, Sirey, 83, II, 150. — Chauveau, *Lois de la Procédure*, QUEST. 2198 ; Colmet de Santerre, IX, n^{os} 200 bis II et III.

² Pau, 22 mai 1888, Dalloz, 89, II, 263.

SECTION II

Des obligations des communistes.

395. — Domat expose, dans les termes suivants, les obligations dont les copropriétaires sont tenus les uns vis-à-vis des autres :

« Les engagements de ceux qui ont quelque chose de
« commun entre eux sans convention sont, en général, de
« la partager quand un d'eux le voudra ; de se faire justice
« entre eux des gains et des pertes ; de compter de leur
« jouissance et de leur dépense ; de répondre chacun de
« son propre fait, et du dommage qu'il peut avoir causé
« dans la chose commune.... »¹

Telles sont bien les obligations des copropriétaires. Si l'un d'entre eux détient la chose commune, il doit en prendre soin, et s'il fait quelque dépense à l'occasion de cette chose, il en est seul débiteur vis-à-vis des tiers créanciers, comme nous l'avons dit,² mais il a recours lui-même contre les autres copropriétaires par l'action de gestion d'affaires.

Dans cette gestion de la chose commune, il est responsable des fautes qu'il commet :

« *Venit in communi dividundo iudicium, etiam si quis*

¹ *Les Lois civiles*, Livre II, Titre V, Section II, § 1. — *Compar. Pothier, Du Contrat de Société*, n° 192.

² *Suprà*, n° 391.

« *rem communem deteriore[m] fecerit* », disait la loi Romaine.¹

Enfin, s'il tire quelque profit de la chose commune, si par exemple il en perçoit les fruits, il en devra compte aux autres copropriétaires.

396. — L'article 1846, en matière de société, décide, comme nous l'avons vu, que l'associé doit de plein droit l'intérêt des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, du jour où il les en a tirées;² mais nous croyons, avec M. Laurent,³ que cette disposition n'est pas applicable aux sommes appartenant à la communauté et que l'un des copropriétaires aurait encaissées. Déjà nous avons dit, en expliquant ce texte, qu'il fallait l'interpréter d'une manière restrictive en matière de société : à plus forte raison ne doit-on pas l'appliquer à la communauté, pour laquelle il n'est pas écrit, alors d'ailleurs que la communauté n'a pas de « caisse » dans laquelle l'un des copropriétaires puisse puiser.

Nous croyons aussi que l'on ne devra pas appliquer l'article 1848, relatif à l'imputation des sommes reçues d'un débiteur de la société, qui est en même temps débiteur de l'un des associés : la disposition de ce texte s'explique par la nature du lien de société, et les copropriétaires, que n'unit entre eux aucun contrat, ne sont pas obligés de se préoccuper, pour faire l'imputation, des intérêts des autres copropriétaires.⁴

Les mêmes motifs doivent faire repousser l'application à la communauté de l'article 1849, qui oblige l'associé à tenir compte à ses associés de ce qu'il a reçu d'un débiteur de la société, devenu insolvable depuis le paiement partiel par lui effectué.⁵

¹ L. 8, § 1, D., *Communi dividundo* (X, III).

² *Suprà*, n° 198-199.

³ XXVI, n° 444.

⁴ Duvergier, *Du Contrat de Société*, n° 37; Pont, *Du Contrat de Société*, n° 78; Laurent, XXVI, n° 442.

⁵ Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 189; Laurent, XXVI, n° 441.

397. — Les copropriétaires sont en outre obligés, comme nous l'avons vu,¹ à contribuer aux dépenses de réparation ou d'administration nécessaires à la chose commune.

Ces dépenses seront supportées par chaque copropriétaire proportionnellement à son droit dans la chose commune, et non par tête.² C'est ce que la loi décide dans l'article 664 pour les parties communes d'une maison divisée par étages, c'est-à-dire pour les gros murs et le toit, et l'équité veut qu'il en soit ainsi dans toute espèce de copropriété : une cour peut être commune, par exemple, entre une maison d'une valeur de 50,000 francs et une mesure d'une valeur de 4,000 francs, et il serait injuste que les travaux nécessaires à l'entretien de cette cour fussent supportés également par les deux copropriétaires, qui retirent un avantage bien inégal de la propriété commune.

De même si un héritage non encore divisé, un hôtel par exemple, appartient à l'un pour les sept huitièmes, à l'autre pour un huitième, il est inadmissible que les travaux nécessaires pendant l'indivision soient supportés dans une autre proportion que dans celle de l'intérêt de chacun.

Nous admettons volontiers qu'en principe, et dans le silence des actes qui constituent la communauté, les charges doivent se répartir par tête : c'est au copropriétaire qui prétend que sa part dans la communauté est inférieure à sa part virile à en faire la preuve. Mais, du moment où cette preuve est faite, la répartition doit s'établir proportionnellement à l'intérêt de chaque copropriétaire.³

398. — Après avoir posé en principe que les copropriétaires sont obligés de contribuer à l'entretien de la chose commune, tous les auteurs, anciens et modernes,

¹ *Suprà*, n° 391. — Sic *Code civil Espagnol*, article 395, et *Code civil Italien*, article 676.

² Cassation, 2 février 1825, Sirey, c. n., VIII, I, 34; Lyon, 5 février 1834, Sirey, 34, II, 224.

³ Sic, *Code civil Espagnol*, article 393, et *Code civil Italien*, article 674.

ajoutent qu'ils peuvent s'exonérer de cette obligation *en abandonnant leurs droits dans la chose commune*, et ce principe est posé par eux comme s'il était à l'abri de toute discussion :

« C'est une des obligations que forme la communauté, dit Pothier, que chacun des quasi associés est obligé de contribuer pour la part qu'il a dans la communauté aux réparations qui sont à faire aux choses communes, à moins qu'il ne voulût abandonner la part qu'il a dans la chose. »¹

Pothier ne fait d'exception à cette faculté d'abandon que pour les murs de clôture, dans les villes où la coutume impose au voisin l'obligation de construire un mur.

« *Il est aussi bien entendu*, dit M. Demolombe, que chacun des communistes peut s'affranchir de l'obligation de contribuer aux charges par l'abandon de son droit dans la chose commune; *c'est le principe général qui gouverne toute notre matière.* »

« Ce qu'on appelle l'obligation des communistes, dit M. Laurent, est plutôt une charge résultant de la copropriété, elle cesse donc quand la copropriété cesse; or rien n'empêche le propriétaire de faire l'abandon de son droit. »

Et plus loin le même auteur ajoute :

« L'un des communistes a-t-il action contre l'autre pour le contraindre à contribuer aux réparations ? Oui, mais seulement à titre de charge pesant sur la copropriété, *car d'obligations il n'y en a point*. De sorte que, sur l'action intentée contre lui, *le communiste pourrait faire l'abandon de sa part dans la chose, et par suite l'action tomberait. Ce n'est donc pas là une véritable action.* »²

¹ *De la Société*, n° 192. — *Sic* Desgodets, *Les Lois des Bâti-ments*, Article 211 de la Coutume (Edition de 1748, p. 394-395).

² XXVI, n° 437-438. — *Sic*, Pardessus, *Des Servitudes*, n° 192; Aubry et Rau, IV, § 221, texte et note 15, p. 406.

Faut-il accepter cette théorie unanimement admise? Malgré la défiance que nous avons de nous-même lorsqu'il s'agit de combattre une opinion que tout le monde accepte, et qu'enseignent des jurisconsultes aussi éminents que Pothier, Demolombe, Aubry et Rau et Laurent, nous croyons cependant devoir soutenir que ce droit d'abandon n'est pas possible, à moins que les autres copropriétaires n'y consentent.

La question n'a d'intérêt que dans deux hypothèses : si les parties sont convenues de rester dans l'indivision pendant une période n'excédant pas cinq années, ou si elles ont établi une copropriété *avec indivision forcée*, comme nous l'avons dit ; s'il s'agit en effet d'une propriété indivise ordinaire, partageable, la partie qui se refuse à faire les réparations a toujours la ressource de provoquer le partage ou la licitation, et, au cas de partage, de vendre sa part.

Mais, dans ces deux hypothèses, il faut payer ou abandonner, et il nous semble qu'il faut payer.

Pour soutenir cette thèse, nous n'avons trouvé qu'un allié, et encore ce n'est pas un jurisconsulte : c'est Goupy, l'annotateur de Desgodets, « architecte expert bourgeois », comme il s'intitule lui-même, et voici les motifs qu'il donne pour combattre, au moins dans l'hypothèse qu'il indique, l'opinion de Desgodets :

« ... Je ne pense pas qu'il soit libre à un propriétaire de
« faire un abandon qui serait préjudiciable à son voisin ;
« il faut son consentement, suivant mon avis. S'il était
« libre d'abandonner un puits, cette cession serait nui-
« sible à un voisin ; un puits mitoyen sert autant qu'un
« puits appartenant à un seul ; on tire autant d'eau de l'un
« que de l'autre, et les charges sont bien différentes : il est
« bien différent d'entretenir un puits seul ou en commun,
« les frais doublent ; on doit regarder un puits mitoyen
« comme une servitude contractée entre deux propriétaires

« pour leur utilité réciproque ; par conséquent, cet abandon ne doit point être libre. »¹

Pour un « architecte expert bourgeois, » le raisonnement ne nous paraît point dépourvu de valeur juridique, et l'alliance de Goupy n'est pas à dédaigner.

Voici la base de la théorie que nous allons proposer.

Il n'y a pas de contrat entre les copropriétaires d'une chose commune, mais la communauté de la chose à laquelle ils ont droit crée entre eux des obligations voisines de celles qui naissent du contrat de société ; et c'est avec raison que Pothier, dans l'intitulé du premier appendice du *Contrat de société*, intitule l'appendice qu'il va consacrer à la communauté *Du quasi contrat de société*.

Le fait volontaire des copropriétaires, qui ont accepté les uns et les autres une succession ouverte à leur profit, ou qui ont acheté en commun un immeuble, ou qui ont laissé en commun un terrain pour servir de passage, une cour pour l'entrée de leurs maisons, un puits destiné à procurer de l'eau à leurs héritages, les engage les uns vis-à-vis des autres à contribuer à l'entretien de la chose indivise : cette obligation, contractée personnellement par ceux qui ont constitué la communauté, passe à leurs héritiers ou aux acquéreurs des fonds auxquels la copropriété s'attache, et qui achètent ces fonds *cum omni causâ*. Ils doivent, les uns et les autres, accomplir cette obligation, qui les lie avec la même force que si elle était née d'un contrat, et nous n'apercevons pas comment ils pourraient se soustraire à ses effets par l'abandon de leur copropriété.

Nous comprenons très bien l'abandon lorsqu'il s'agit d'une charge réelle : un fonds est tenu de souffrir un droit de passage, de vue, etc..., le propriétaire de ce fonds peut toujours l'abandonner, et il se débarrasse ainsi, avec le fonds, de la servitude qui grevait ce fonds. Mais ici, dans la « *quasi*

¹ Sur Desgodets, *Op. et Loc. citat.*, Note d (Edition de 1748, p. 394-395).

« société » dont nous nous occupons, les copropriétaires sont obligés de contribuer aux travaux nécessaires au fonds commun ; ils sont obligés sur tous leurs biens, dans les termes de l'article 2092, et l'abandon du fonds à propos duquel est née cette obligation personnelle ne peut pas les libérer.

Nous ne voyons pas mieux comment un copropriétaire peut obliger les autres copropriétaires à *accepter* la copropriété qu'il leur abandonne. On ne devient propriétaire que par un acte de sa volonté, et de même que nul ne peut réunir à sa propriété un bien qui nous appartient sans notre consentement, de même nul ne peut ajouter à notre patrimoine un bien dont nous ne voulons pas. C'est d'ailleurs ce que reconnaît expressément l'un des adversaires de la thèse que nous soutenons, M. Laurent, qui, dans un autre passage de ses *Principes de droit civil*, à propos de l'article 699, s'exprime ainsi :

« Il ne se fait pas de translation de propriété sans un concours de volontés : *peut-on devenir propriétaire malgré soi ?* »¹

Que l'on n'objecte pas les articles 656 et 699 : ce sont deux textes d'exception, qui s'expliquent par des motifs particuliers, et que l'on ne peut généraliser.

La mitoyenneté des murs est, en effet, l'objet d'une double dérogation au droit commun de la propriété : on peut y renoncer, aux termes de l'article 656, et, aux termes de l'article 661, on peut acheter la mitoyenneté d'un mur, sans le consentement du propriétaire de ce mur. C'est donc, on le voit, une propriété d'un genre spécial, ainsi organisée à raison des avantages qui s'attachent à la mitoyenneté des murs, et les règles qui la gouvernent ne peuvent être étendues à aucune autre propriété.

Il en est de même pour l'article 699. M. Laurent, dont nous acceptons sur ce point la doctrine, dit qu'au point de

¹ VIII, n° 246.

vue rationnel le propriétaire du fonds servant, qui se charge de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude, contracte une *obligation personnelle*.

« Ce n'est pas le fonds qui fait et qui paie, dit-il, c'est la personne ; »

Et ailleurs :

« C'est par une dérogation au droit commun que la charge est considérée comme réelle. Le fonds seul est tenu en matière de servitudes ; or *un fonds ne peut être obligé de faire* ; mais l'obligation de faire les ouvrages étant l'accessoire de la servitude, le législateur lui attribue le même caractère de réalité. »

Enfin, déduisant les conséquences de ce caractère fictif de la règle de l'article 699, M. Laurent conclut dans les termes suivants :

« N'est-il pas de l'essence de toute fiction d'être restreinte dans les limites dans lesquelles la loi l'a établie ? »¹

C'est aussi notre conclusion à propos de l'article 699 : ce texte qui crée une fiction, qui transforme une obligation réelle en une obligation de faire, ne peut être appliqué qu'à l'hypothèse même qu'il prévoit, celle où le maître du fonds servant est tenu de certaines obligations pour l'exercice de la servitude due au fonds dominant.

Or telle n'est pas notre hypothèse : ici les propriétaires de plusieurs fonds sont tenus réciproquement d'obligations personnelles naissant de l'indivision, et on ne voit pas comment, « dans cette espèce d'association », l'un des *quasi-associés*, comme Pothier les appelle, pourrait se dégager.

Observons d'ailleurs que dans la théorie de nos adversaires, de certains d'entre eux du moins, la règle de l'article 699 n'est pas d'ordre public ; et l'on admet que le propriétaire du fonds servant pourrait renoncer à la faculté d'abandon que l'article 699 consacre à son profit, de telle

¹ XXVI, n^o 244 et 246.

manière que les propriétaires de ce fonds seraient chargés à perpétuité de l'entretien des ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude :

« Nous n'hésitons pas, dit M. Laurent, à décider avec « Pardessus que la renonciation serait valable. Il est de « principe que chacun peut renoncer aux droits qui sont « établis en sa faveur, à moins qu'il n'y ait un motif d'ordre public qui s'y oppose. Or, dans l'espèce, il s'agit de « droits et d'obligations de pur intérêt privé, l'ordre public « est hors de cause. »¹

S'il en est ainsi dans l'hypothèse de l'article 699, à plus forte raison en est-il ainsi dans la nôtre, où aucun texte ne statue. Tout se réduit alors à une question d'interprétation, et, lorsque les parties ont décidé de laisser en commun un immeuble et de l'entretenir à frais communs, il nous paraît impossible de dire qu'ils n'ont entendu s'obliger que pour le temps qu'ils voudraient, et qu'ils ont sous-entendu le droit d'abandon.

Ce droit, les parties peuvent le réserver.

La loi peut aussi le réserver pour elles, par interprétation de leur volonté : c'est ce qu'ont décidé le Code civil Italien et le Code civil Espagnol :

« Tout copropriétaire, dit l'article 395 du Code civil Espagnol, a le droit d'obliger ses consorts à contribuer aux « frais de conservation de la chose ou du droit commun ; « on ne peut se dérober à cette obligation qu'en renonçant « à sa part de propriété. »²

Mais, lorsque la loi n'a rien dit, comme notre Code civil, et qu'il s'agit uniquement d'interpréter la volonté des parties qui ont laissé en commun un bien, pour un temps déterminé ou à perpétuité, les obligations personnelles que cette communauté entraîne doivent durer aussi longtemps que la communauté elle-même.

¹ XXVI, n° 247. — Sic Pardessus, *Des Servitudes*, n° 69. — *Contrà*, Demolombe, XII, n° 881 ; Aubry et Rau, III.

² Sic *Code civil Italien*, article 676.

Nous ne faisons pas d'exception, d'ailleurs, pour le cas de copropriété *avec indivision forcée*. Sans doute, dans cette hypothèse, comme nous l'avons dit, la copropriété accessoire laissée en commun est grevée de servitudes réciproques au profit des fonds en faveur desquels elle a été établie : mais ces servitudes sont exercées à *titre de copropriété*, et le caractère qui domine, c'est celui de la propriété, de la « *quasi-société* » entre les communistes. Il doit donc en être de cette copropriété comme des autres, et les obligations qui en résultent ont le même caractère de personnalité et de perpétuité.

Telle est du moins l'opinion qui nous semble la meilleure, mais que nous n'exposons qu'avec les doutes que son isolement doit à juste titre nous inspirer.

CHAPITRE II

DE LA MANIÈRE DONT LA COMMUNAUTÉ PREND FIN ET DU
PARTAGE DES CHOSES COMMUNES.

399. — Nous étudierons, à propos de ce chapitre, les deux questions suivantes :

I. — *Comment la communauté prend fin.*

II. — *Formes et effets du partage de la communauté.*

SECTION I

Comment la communauté prend fin.

400. — La communauté prend fin par le partage ou la licitation de la chose commune, par la cession qui serait faite à un seul des copropriétaires de la part des autres, enfin par l'extinction de la chose commune.

« La communauté, disait Pothier, ne peut prendre fin
« que de trois manières : ou par le partage, ou par la ces-
« sion ou abandon que l'un des deux associés ferait de sa
« part à l'autre ; ou enfin par l'extinction des choses com-
« munes... »¹

Ces trois modes sont, à notre avis, les seuls par lesquels la communauté puisse être dissoute.

En ce qui concerne l'abandon que l'un des copropriétaires ferait à l'autre de sa part, nous venons de dire qu'il ne pouvait être fait que si l'autre copropriétaire y consentait ;² mais, s'il y consent et que la communauté ne comprenne que deux copropriétaires, elle prendra fin par *la cession* de la part du copropriétaire qui fait l'abandon, c'est-à-dire par le second des modes de dissolution que nous venons d'indiquer.

Le décès de l'un des copropriétaires, son interdiction, sa

¹ *Du Contrat de Société*, n° 193.

² *Suprà*, n° 398.

faillite ou sa déconfiture ne mettent pas fin à la communauté, bien que ces diverses causes mettent fin à la société. Le motif de cette différence est que la société constitue une association de personnes qui se sont choisies et acceptées à raison de leurs qualités et de leurs aptitudes, tandis que dans la communauté il n'y a ni choix ni acceptation réciproque des copropriétaires, mais une juxtaposition d'intérêts qui seront aussi bien représentés par l'un que par l'autre.¹

Ajoutons que la dissolution de la communauté ne pourrait pas être décidée par la majorité des copropriétaires : compétente seulement pour les actes d'administration, ainsi que nous l'avons dit,² la majorité est impuissante à ordonner des innovations, et la plus grave de toutes serait la dissolution avant le terme fixé pour la dissolution normale de la communauté.³

401. — Le partage de la communauté peut toujours être demandé. Nous avons dit, en effet, que l'article 815, bien qu'édicte au Titre *Des successions*, avait une portée plus générale, et devait être étendu à toute copropriété indivise. Les inconvénients de l'indivision sont en effet les mêmes, quelle qu'en soit l'origine : inconvénients pour les copropriétaires, dont les droits sont sans cesse entravés et les intérêts compromis par la dépendance où ils se trouvent les uns vis-à-vis des autres ; inconvénients pour le crédit, l'expérience démontrant que les propriétés les plus mal administrées sont celles qui appartiennent à plusieurs.

Voilà pourquoi toutes les législations ont proclamé le principe que nul n'est tenu de rester dans l'indivision.

La loi Romaine décidait que tout propriétaire par indivis

¹ Pont, *Du Contrat de Société*, n° 79 ; Laurent, XXIV, n° 445-446. — Rouen, 15 mai 1880, Dalloz, 81, I, 177. — *Compar.* Rouen, 15 mai 1880, sous Cassation, 28 décembre 1880, Dalloz, 81, I, 177.

² *Suprà*, n° 392.

³ Aix, 20 mars 1873, Sirey, 75, II, 103. — *Adde* Pont, *Du Contrat de Société*, n° 80 ; Laurent, XXVI, n° 447.

peut demander le partage, et considérerait avec raison ce principe comme étant d'ordre public, de sorte que la convention par laquelle les copropriétaires auraient décidé de rester perpétuellement dans l'indivision était frappée de nullité :

« *In commutatione, vel societate, nemo compellitur invitus detineri. Quapropter aditus Præses Provinciæ, ea quæ*
« *communia tibi cum sorore perspexerit, dividi providebit.* »¹

« *Si conveniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est. Sin autem*
« *intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.* »²

C'était aussi la solution de notre ancien droit, et elle fournit à Domat l'occasion d'un jeu de mots assez médiocre :

« Il est toujours libre à chacun de ceux qui ont quelque chose de commun entre eux de le partager, et ils peuvent bien convenir de remettre le partage à un certain temps, mais non pas qu'il ne puisse jamais être fait. Car il serait contraire les bonnes mœurs qu'ils fussent forcés d'avoir toujours une occasion de se diviser, par la possession indivise d'une chose commune. »³

Telle est l'origine de l'article 843, qui décide que nul n'est tenu de rester dans l'indivision, et que la convention contraire n'est obligatoire que pour cinq ans.

Ce texte serait mieux à sa place au titre *De la propriété* qu'au titre *Des successions*, car, nous le répétons, la règle qu'il pose gouverne toute propriété indivise.⁴

C'est du reste ce qu'ont fait les Codes civils d'Italie et d'Espagne :

« Nul propriétaire, dit l'article 400 du Code civil Espagnol, n'est tenu de rester dans l'indivision ; chacun d'eux

¹ L. Ult., COD., *Communi dividund.* (X, III).

² L. 14, § 2, D., *Familiæ erciscund.* (X, II).

³ *Les Lois civiles*, Livre II, Titre V, Section II, § 11. — *Sic*, Pothier, *Du Contrat de Société*, n° 196.

⁴ Cassation, 26 décembre 1866, Sirey, 67, I, 76.

« peut, en tout temps, demander le partage de la chose
 « commune. Néanmoins, les intéressés peuvent convenir
 « valablement de conserver la chose indivise pour un temps
 « déterminé n'excédant pas dix ans, et ce délai peut être
 « prorogé par une convention ultérieure. »¹

L'article 681 du Code civil Italien ajoute même que, malgré la validité de la convention d'indivision pour dix ans, « l'autorité judiciaire peut, si des circonstances graves et « urgentes l'exigent, ordonner la cessation de la communauté même avant l'époque convenue. »

Notre législation n'admet pas ce pouvoir du juge, et il semble en effet que l'indivision conventionnelle, surtout lorsqu'elle est réduite à cinq ans, ne présente pas d'inconvénients assez graves pour nécessiter cette intervention.

402. — La *convention* de rester dans l'indivision pendant cinq ans, que l'article 815 autorise, peut-elle être remplacée par la *disposition* du testateur ou du donateur, qui, en donnant ou en léguant une chose à plusieurs personnes, leur impose de rester dans l'indivision pendant cinq ans ? Cette question, comme toutes celles que l'article 815 fait naître, trouve sa place dans le commentaire de ce texte, que nous n'avons pas à présenter. Aussi nous bornons-nous à signaler que cette question est très controversée en doctrine, mais que d'après une opinion soutenue par des auteurs considérables, et à laquelle la jurisprudence paraît se rallier, on admet que le testateur ou donateur peut prescrire ce que les copropriétaires auraient le droit de stipuler, et que cette disposition est valable dans la même mesure où le serait une convention.²

403. — Le droit de demander le partage de la chose

¹ Sic *Code civil Italien*, article 681.

² Sic Cassation, 20 janvier 1836, Sirey, 36, I, 83 ; Tribunal de la Seine, 6 juillet 1849, Dalloz, 49, III, 76. — Demolombe, *Cours de Code civil*, XV, n° 511 ; Aubry et Rau, II, § 221, texte et note 22, p. 408. — *Contrà*, Marcadé, III, article 815, I ; Laurent, X, n° 243.

commune peut toujours être exercé, d'après l'article 816, même si l'un des cohéritiers a joui séparément des biens de la succession, à moins qu'il n'y ait eu un acte de partage, ou une possession suffisante pour acquérir la prescription.

Observons que cette possession, pour conduire à la prescription, doit durer pendant trente ans, et se manifester par des actes de jouissance *divise* des biens communs ; si l'indivision ne fait pas obstacle à ce que le communiste acquière par la prescription la propriété de l'immeuble indivis, comme le dit un arrêt de Cassation de 1862, du moins faut-il qu'il justifie sur cet immeuble d'une possession exclusive, *proprio nomine*, paisible et publique.¹

401. — A la règle que l'on ne peut convenir de rester dans l'indivision il doit être apporté une exception importante, dont nous avons indiqué les motifs et l'étendue,² pour le cas où il s'agit d'une propriété accessoire, laissée en commun à perpétuité pour l'usage et l'utilité de propriétés principales que l'on divise.

La jurisprudence en fournit de nombreuses applications : les ruelles établies pour l'usage de plusieurs maisons,³ l'abreuvoir créé pour les bestiaux de certaines terres,⁴ la marnière laissée indivise pour que les immeubles partagés puissent y trouver la marne nécessaire à l'exploitation des terres,⁵ la chapelle laissée en commun par des lotageants,⁶ etc...

¹ Cassation, 9 mai 1827, Sirey, C. N., VIII, I, 594 ; Bourges, 22 juillet 1831, Sirey, 33, II, 392 ; Cassation, 26 août 1856, Sirey, 57, I, 28 ; Cassation, 11 août 1859, Sirey, 61, I, 65 ; Cassation, 17 juin 1862, Sirey, 62, I, 711. — Aubry et Rau, II, § 221, texte et note 20, p. 407.

² *Suprà*, n° 385.

³ Agen, 18 janvier 1836, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., v° *Succes-sion*, n° 1525 ;

⁴ Rennes, 14 août 1867, Dalloz, 68, V, 308.

⁵ Cassation, 23 novembre 1874, Dalloz, 75, I, 63.

⁶ Caen, 13 août 1856, Sirey, 57, I, 140.

Toutefois on rencontre encore des hésitations, dans la jurisprudence comme dans la doctrine, sur le caractère licite de ces stipulations d'indivision à propos de propriétés accessoires ; nous trouvons un exemple de ces hésitations à propos des *scieries* laissées en commun dans les pays de montagne, en particulier dans les Vosges et dans le Forez, pour permettre à tous les propriétaires qui ont fourni le terrain et contribué à la construction de la scierie d'exploiter à peu de frais leurs parts de bois.

Un arrêt de la cour de Colmar de 1838, contre lequel le pourvoi a été rejeté sur le rapport de M. Troplong, déclare qu'une pareille convention ne met pas obstacle au partage, car, s'il y a une division de la jouissance entre les intéressés, la propriété reste en commun, et l'article 815 s'oppose à ce que l'on convienne de la laisser perpétuellement indivise :

« Attendu, dit l'arrêt, que le principe posé par l'article 815 est une règle générale qui s'étend à toutes choses indivises ; qu'il n'est modifié que pour les sociétés de commerce ou pour celles qui sont l'objet du Titre IX, livre III du Code civil ; qu'il est encore sans application aux choses absolument indivisibles, comme les servitudes réciproques établies sur des fonds pour d'autres fonds divers, ou bien dans le cas spécialement prévu par l'article 664 du même Code, et l'espèce actuelle ne se trouve dans aucune de ces exceptions... »¹

Au contraire, un arrêt de Lyon de 1868 a reconnu la validité d'une convention de ce genre :

« Attendu, en droit, que si nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et si le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibition et convention contraire (art. 815 Cod. Nap.), il est certain que ce principe

¹ Colmar, 23 juin 1838, sous Cassation, 5 juin 1839, Sirey, 39, I, 468. — Voir, comme analogie, Cassation, 18 novembre 1818, Sirey, c. n., V, I, 549.

« reçoit plusieurs exceptions commandées par la force des
 « choses ; qu'ainsi lorsque, dans un partage d'immeubles,
 « il a été réservé pour demeurer commun entre les copar-
 « tageants un objet accessoire destiné à l'usage des lots
 « respectifs, une telle convention est licite et obligatoire ;
 « Attendu, en fait, que la petite scierie dont la licitation
 « est demandée ne constitue point un établissement indus-
 « triel ; que, située dans les montagnes du Forez, elle n'a
 « jamais eu d'autre destination que celle de servir à l'ex-
 « ploitation des bois des parties au procès ; que cette des-
 « tination a été maintenue par les divers partages opérés
 « entre les ayants droit, qui ont toujours laissé la scierie
 « en commun comme indispensable à l'exploitation du bois
 « de leurs forêts, et comme formant une dépendance ab-
 « solument nécessaire des immeubles partagés ;

« Attendu que vainement on allègue que chaque copar-
 « tageant pourrait établir sur son fonds une scierie parti-
 « culière ; que pour un établissement de ce genre, il faut
 « l'usage d'un cours d'eau et de ses rives avec les chemins
 « nécessaires, ce qui ne se rencontre, dans l'espèce, qu'en
 « l'endroit où existe, depuis un temps immémorial, la
 « scierie commune ;

« Attendu que, dans ces circonstances, ordonner la lici-
 « tation demandée, ce serait porter atteinte au droit de
 « propriété de tous les intéressés tel qu'il a été constitué
 « par leurs accords à raison de leurs immeubles, détériorer
 « notablement l'usage de ces immeubles, et réduire dans
 « une proportion considérable le produit de leurs forêts. »¹

Nous croyons tout à fait que la vérité est dans la théorie de l'arrêt de Lyon, et que c'est arbitrairement que la cour de Colmar a interdit la constitution d'une indivision perpétuelle à propos d'une scierie, ou d'une autre propriété accessoire de cette nature.

Nous reconnaissons volontiers que le seul fait de diviser

¹ Lyon, 20 mars 1868, Dalloz, 68, II, 131.

la jouissance d'un immeuble, en laissant en commun la propriété de cet immeuble, ne constitue pas par lui-même un obstacle à ce que le partage soit demandé par l'un des copropriétaires. Cette convention peut n'être, dans la pensée des parties, qu'un partage provisionnel ou de jouissance ; dans tous les cas, eût-elle le caractère d'une convention d'indivision perpétuelle quant à la propriété, ayant pour but de laisser la jouissance commune aux divers propriétaires, elle tombe sous l'application directe de l'article 815. C'est ce que la jurisprudence a décidé à diverses reprises, et avec raison, à propos de conventions portant que la jouissance d'une prairie appartiendrait successivement à chacun des copropriétaires,¹ que l'usage d'un moulin serait divisé entre les deux communistes de manière que chacun en jouisse de deux jours l'un,² que les produits d'un étang appartiendraient à l'un, lorsque l'étang serait couvert d'eau, à l'autre, lorsque l'étang serait à sec, etc....³

Mais plaçons-nous dans l'hypothèse jugée par les arrêts de Colmar et de Lyon. Les propriétaires, en partageant la forêt, ont réservé, pour la laisser en commun, la scierie qui sert à l'exploitation de cette forêt. Cette scierie est placée peut-être, comme dans l'espèce de l'arrêt de Lyon, dans le seul endroit où l'on puisse en installer une, en tant du moins qu'elle serait mue par l'eau : dans tous les cas la réserve en commun de cette scierie constitue pour tous les copropriétaires une grande économie ; pourquoi donc cette stipulation serait-elle illicite ?

L'annotateur de l'arrêt de Colmar de 1838, tout en approuvant au point de vue juridique la solution de l'arrêt, en montre bien les graves inconvénients au point de vue pratique :

« Cette décision, qui nous semble parfaitement conforme

¹ Rennes, 27 mai 1812, Sirey, c. n., IX, II, 121.

² Cassation, 15 février 1813, Sirey, c. n., IV, II, 285.

³ Cassation, 31 janvier 1838, Sirey, 38, I, 120.

« aux principes du droit, est d'un grave intérêt pour l'Al-
 « sace et les Vosges, où un grand nombre d'usines, sur-
 « tout des scieries, sont ainsi divisées quant à la jouissance
 « et indivises quant à la propriété. Cet état de choses pré-
 « sente aux petits propriétaires de bois, dont le plus grand
 « nombre est aussi propriétaire de ce qu'on nomme dans
 « le pays des *journées d'usine*, l'avantage de scier eux-
 « mêmes, et d'exploiter ainsi à peu de frais. Or on doit re-
 « connaître que la licitation autorisée par l'arrêt que nous
 « recueillons est de nature à mettre fin à cet état de cho-
 « ses, puisqu'elle tend à placer les scieries entre les mains
 « de grands propriétaires seuls, ce qui n'arriverait peut-
 « être pas sans dommage pour ce genre d'industrie. »¹

L'utilité de la solution que nous défendons existe au même degré dans beaucoup de cas analogues. Nous citerons en particulier la copropriété des *pressoirs à cidre*, qui doit exister dans toutes les contrées où se trouvent des pommiers, et qui est très fréquente dans la basse Normandie : comme les scieries dont nous parlions tout à l'heure, les pressoirs communs permettent à beaucoup de petits propriétaires, qui n'auraient pas le moyen de construire et d'entretenir un pressoir particulier, de pouvoir pressurer leurs pommes sans frais au moyen des *journées de pressoir* dont ils sont propriétaires ; et la jurisprudence de la cour de Caen n'a jamais mis en doute la légalité de cette copropriété.²

C'est qu'en effet, du moment où l'on n'accepte point la thèse absolue de M. Laurent, qui n'admet pas que la copropriété soit frappée d'indivision perpétuelle,³ nous ne voyons pas comment on distinguerait entre la copropriété d'un pressoir ou d'une scierie, et celle d'un puits ou d'une cour.

¹ Note, Sirey, 1839, I, 468.

² Caen, 16 avril 1839, 6 janvier, 25 février, 13 novembre 1841, et 26 juin 1869, *Recueil des arrêts de la cour de Caen*, 1839, p. 379 ; 1841, p. 70, p. 114 et p. 393 ; et 1869, p. 212.

³ *Suprà*, n° 386.

Il s'agit, dans ces diverses hypothèses, d'une propriété *accessoire* réservée, au moment du partage de la propriété principale, pour l'utilité des fonds partagés, et grevée, au profit de ces fonds, de services qui augmentent leur valeur et facilitent leur exploitation.

Aussi croyons-nous que l'on doit proclamer, sans distinction et d'une façon uniforme, la validité des copropriétés de ce genre, avec toutes les variétés que comporte la différence de nature des territoires ou des exploitations.

SECTION II

Des formes et des effets du partage de la communauté.

405. — La forme et les effets du partage de la communauté étaient régis, dans notre ancien droit, par les mêmes règles que le partage des sociétés, et par suite que le partage des successions :¹

« ...Le partage entre choses communes, dit Pothier, se fait de la même manière que nous l'avons dit à l'égard des associés. Ce que nous avons dit sur l'égalité requise dans ces partages entre associés, sur les obligations qui en naissent, soit par rapport au paiement des retours, soit par rapport à la garantie dont les copartageants sont tenus les uns envers les autres, enfin sur l'effet des partages, reçoit application aux quasi-associés. »²

C'est aussi la solution adoptée par les législations modernes qui se sont occupées de la communauté :

« Sont applicables aux partages entre les participants à la communauté, dit l'article 684 du Code civil Italien, les règles concernant les partages des héritages. »³

On doit évidemment appliquer ces principes sous l'empire de notre Code civil. C'est au titre *Des successions* que

¹ *Suprà*, n^o 341 et suiv.

² *Du Contrat de Société*, n^o 198.

³ Sic *Code civil Espagnol*, article 406.

le Code traite, d'une façon complète, des règles des partages, et c'est aux règles qu'il y a tracées qu'il renvoie dans l'article 1476, lorsqu'il s'agit du partage de la communauté, et dans l'article 1872, à propos du partage de la société. Le partage de la communauté ne peut être soumis à d'autres règles.

406. — Il résulte de cette assimilation que le partage sera fait à l'amiable ou en justice, suivant que les copropriétaires seront présents, majeurs et d'accord, ou au contraire qu'il y aura parmi eux des absents, des incapables, ou qu'ils ne pourront s'entendre sur l'opportunité ou sur le mode du partage.

De même la question de savoir si la chose commune peut être partagée en nature, ou si elle doit être licitée, sera tranchée par les principes consignés au Titre *Des Successions* et au Titre *De la vente*, dans le chapitre relatif à la licitation.¹ Il en sera de même de la question de savoir si les étrangers doivent être admis à la licitation.

Ces principes étaient d'ailleurs consacrés déjà par notre ancien droit, spécialement pour la licitation :

« Si la chose commune est indivisible, dit Domat, comme
 « un office ou une maison qui ne pût être divisée qu'avec
 « beaucoup de pertes, ou de trop grandes incommodités, elle
 « peut être laissée à un seul pour un prix qui sera par-
 « tagé ; ou il s'en fait une licitation, et les étrangers mê-
 « mes peuvent être reçus aux enchères, si quelqu'un des
 « propriétaires qui ne voudra, ou ne pourra peut-être en-
 « chérir, le demande ainsi. »²

Enfin, quant aux effets du partage des biens communs, au caractère déclaratif de ce partage,³ pourvu qu'il fasse

¹ Voir notre *Traité de la Vente*, II, n° 728 et suiv.

² *Les Lois civiles*, Livre II, Titre V, Section II, § 12.

³ Cassation, 10 août 1824, Sirey, c. n., VII, I, 513; Cassation, 28 avril 1840, Sirey, 40, I, 822; Grenoble, 28 août, 1847, Sirey, 48, II, 469; Grenoble, 12 mars 1849, Sirey, 49, II, 385; Lyon, 14

cesser complètement l'indivision,¹ à la garantie des lots entre copartageants,² à la rescision du partage pour cause de lésion,³ on devra aussi appliquer les règles du partage des successions.

février 1853, Sirey, 53, II, 381; Cassation, 29 mars 1854, Sirey, 56, I, 49. — Duranton, VII, n° 522; Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, V, n° 2393; Marcadé, III, article 883, II; Aubry et Rau, II, § 221, texte et note 25, p. 408-409.

¹ Cassation, 24 août 1829, Sirey, c. n., IX, I, 363; Cassation, *Arrêt précité* du 29 mars 1854.

² Domat, *Les Lois civiles*, Livre II, Titre V, Section II, § 15.

³ Domat, *Op. et loc. citat.*, § 14; Aubry et Rau, II, § 221, texte et note 28, p. 409.

FIN DU TRAITÉ DE LA SOCIÉTÉ.

TABLE

PAR ORDRE DE MATIÈRES

PLAN DU TRAITÉ

N ^o	Pages
1. — Utilité et fréquence du contrat de société.....	1
2. — But pour lequel les sociétés sont instituées. Restriction de ce <i>Traité</i> aux sociétés civiles.....	2
3. — Différences entre la société et l'indivision. Renvoi..	3
4. — Division du traité.....	4

PREMIÈRE PARTIE

De la nature, des conditions de validité, de la forme et de la preuve du contrat de société.

5. — Division de la première partie.....	5
--	---

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

6. — Définition de la société. Caractères de ce contrat...	6
7. — La société est un contrat consensuel.....	6
8. — C'est un contrat synallagmatique.....	7
9. — La société est un contrat à titre onéreux. Du cas où elle renferme une libéralité.....	7
10. — Caractère commutatif du contrat de société.....	9
10 I. — Sens des mots « <i>société</i> » et « <i>association</i> ».....	11
11. — Rapports entre le contrat de société et le louage de choses.....	12
12. — Le métayage ou colonage partiaire est-il un bail ou une société ? Renvoi.....	13
13. — Comparaison du bail à cheptel et de la société.....	13

14. — Rapports entre le louage d'ouvrage et d'industrie et la société. Conséquences pratiques du système adopté. Du commis intéressé aux bénéfices.....	14
15. — Du contrat intervenu entre l'entrepreneur principal et le sous-entrepreneur	17
16. — Rapports entre la société et le mandat.....	18
17. — Hypothèse dans laquelle prédominent les caractères soit du mandat, soit de la communauté ou indivision....	19
18. — Analogies entre le contrat de prêt et le contrat de société.....	22
19. — Cas dans lesquels le contrat de vente se rapproche du contrat de société.....	24
20. — Différence entre la société et la communauté ou indivision	25
21. — La société constitue-t-elle un être moral ? L'affirmative est certaine pour les sociétés commerciales.....	27
22. — La négative est certaine pour les associations en participation	28
23. — Des sociétés civiles à forme commerciale. Controverse et adoption de l'opinion qui leur refuse la personnalité juridique.....	30
24. — Des sociétés civiles en général. Exposé de l'opinion qui leur reconnaît la personnalité juridique.....	33
25. — Exposé et adoption de l'opinion d'après laquelle les sociétés civiles ne constituent pas des personnes morales.	37
26. — Conséquences du système adopté.....	44
27. — Préférences, en législation, pour le système de la personnalité civile.....	46
28. — Il serait désirable aussi que l'on pût constituer des sociétés pour un autre objet que le lucre. Droit comparé.	47
29. — Sociétés civiles qui peuvent acquérir la personnalité juridique. Sociétés reconnues d'utilité publique, ou auxquelles la loi donne la personnalité.....	49
29 I. — Critique de la jurisprudence, en ce qui concerne les associations approuvées par l'autorité publique et créées dans un but d'intérêt général.....	50

CHAPITRE II

DU CONSENTEMENT.

30. — Du consentement dans le contrat de société.....	53
31. — Des vices du consentement	54
32. — Comment le consentement peut être donné....	55

32 I. — De la ratification, lorsque le contrat a été fait sans mandat de l'un des associés	56
33. — De la promesse de société.....	57

CHAPITRE III

DE LA CAPACITÉ.

34. — De la capacité nécessaire pour contracter une société.	58
35. — Des sociétés entre époux.....	59
36. — Règle spéciale sur la capacité dans la société universelle	60
37. — Etendue de la prohibition de l'article 1840.....	61
38. — De l'interposition de personnes et de la révocation pour survenance d'enfants.....	62
39. — De l'hypothèse où l'un des associés laisse des héritiers à réserve. Controverse.....	63
40. — De la société établie entre le <i>de cujus</i> et l'un de ses successibles.....	66
41. — Du sort de la société dans laquelle figure un incapable	67

CHAPITRE IV

DE L'OBJET.

42. — Sens du mot « <i>objet</i> » dans la matière du contrat de société	70
43. — Nécessité d'un but licite dans ce contrat.	71
44. — Exemples de sociétés dont le but est illicite.....	72
45. — On ne peut mettre en société ni un office ministériel, ni un emploi du gouvernement.....	73
46. — Exception à propos des charges d'agents de change.	74
47. — De la convention par laquelle un officier ministériel donne à ses clercs une part dans les bénéfices de l'étude.	75
48. — Du traité par lequel un officier ministériel cède son étude, en se réservant une part des bénéfices pendant un certain nombre d'années, comme supplément de prix... ..	77
49. — De la convention par laquelle un avoué et un agréé, ou un avoué et un huissier, stipulent qu'ils poursuivront réciproquement les affaires confiées à l'un d'eux.....	79
50. — De l'association entre un tiers et un notaire pour l'acquisition et la revente d'immeubles.....	80
51. — De la société entre un pharmacien et un tiers.....	80

52. — De l'association dans les charges ou professions créées dans un but exclusivement pécuniaire.....	81
53. — Autres exemples d'associations prohibées à raison de leur but illicite.....	81
54. — De la société fondée pour faire la contrebande, ou pour exploiter une maison de jeu à l'étranger.....	82
55. — De la société qui a pour objet les obligations d'une société anonyme.....	86
56. — Effets de la nullité d'une société annulée à raison du caractère illicite de son objet.....	87
57. — Solution donnée par le Code civil Espagnol. De la répartition des bénéfices et des pertes dans le droit Français.....	88
58. — De la reprise des apports, déduction faite des pertes.	91
59. — De l'hypothèse où la société est annulée à raison de l'incapacité des parties.....	93
60. — Effets de la nullité de la société à l'égard des tiers..	94

CHAPITRE V

DE L'APPORT OU DES MISES.

61. — De la nécessité d'un apport par chaque associé.....	98
62. — L'apport de chacun peut être d'une quantité ou d'une nature différentes.....	98
63. — Des choses qui peuvent être apportées.....	99
64. — L'apport peut-il consister dans le crédit politique ou commercial ? Distinction.....	100
65. — De la société dans laquelle l'un des associés n'aurait fait aucun apport.....	104

CHAPITRE VI

DES BÉNÉFICES ET DES PERTES.

66. — La société ne peut exister que si les associés se proposent de faire un bénéfice. Droit Romain et ancien droit.	106
67. — Vœux en faveur d'une législation plus libérale.....	107
68. — Dans l'état actuel de la législation, il ne peut y avoir de société que si les parties se proposent un bénéfice. Exemples divers.....	108
69. — Les associations qui ne se proposent pas pour but un bénéfice ne sont point destituées de tout effet civil. Des associations religieuses: renvoi. Des sociétés d'agrément: elles sont licites, et par suite donnent lieu à un règlement de compte.....	109

70. — Les membres des sociétés d'agrément peuvent contracter individuellement. Effet de ces contrats.....	111
71. — Des actions en justice et de la compétence	112
72. — Il n'est pas nécessaire, pour la validité de la société, qu'elle réalise effectivement des bénéfices	113
73. — Nécessité d'un partage des bénéfices	113
74. — Les assurances mutuelles et les tontines ne sont pas des sociétés	114
75. — Il n'y a pas société si l'on met en commun un objet pour en jouir alternativement. Nécessité d'un travail commun	115
76. — Hypothèses dans lesquelles les parties ne se proposent pas de faire et de partager un bénéfice.....	117
77. — Il faut en outre, pour qu'il y ait société, l'intention chez les contractants de s'associer. Conséquences.....	118
78. — Il faut enfin que les pertes, s'il y en a, soient supportées en commun par les associés. Lacune que présente, à ce point de vue, la rédaction de l'article 1832...	120

CHAPITRE VII

DE LA FORME ET DE LA PREUVE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

79. — De la forme du contrat de société en droit Romain et dans notre ancien droit. Des sociétés taisibles	123
80. — Travaux préparatoires. Suppression des sociétés taisibles.....	126
81. — Sens et portée de l'article 1834	128
82. — Du commencement de preuve par écrit.....	130
83. — De la preuve écrite ne remplissant pas les conditions de l'article 1325	131
84. — De la forme des sociétés commerciales	133
85. — Des sociétés fromagères ou fruitières	133
86. — Des rapports pécuniaires formés entre concubins..	137
87. — L'article 1834 n'est pas applicable aux tiers qui ont traité avec la société.....	138
88. — Sens des expressions « <i>objet de la société</i> ».....	140

DEUXIÈME PARTIE

Des diverses espèces de sociétés.

89. — Division de la deuxième partie	143
--	-----

CHAPITRE PREMIER

DES SOCIÉTÉS CIVILES ET COMMERCIALES.

90. — Principales différences qui séparent les sociétés civiles et les sociétés commerciales.....	144
91. — Caractères distinctifs de ces deux sortes de sociétés.	146
92. — Société formée pour l'achat et la revente d'immeubles.....	148
93. — Société créée pour la vente des produits d'un fonds.	149
94. — Des sociétés fondées pour l'exploitation des mines.	150
95. — Des sociétés ayant pour but la recherche des mines.	151
96. — Sociétés coopératives de consommation.....	152
97. — Sociétés d'assurances à prime et sociétés d'assurances mutuelles.....	152
98. — Sociétés d'assurances mutuelles entre commerçants.	154
99. — Sociétés d'éducation.....	156
100. — Etendue de ce <i>Traité</i> . Importance de l'étude des sociétés civiles.....	157

CHAPITRE II

DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

101. — Des sociétés universelles en droit Romain et dans l'ancien droit.....	158
102. — Travaux préparatoires.....	159
103. — Caractères des sociétés universelles : motifs qui empêchent leur extension.....	161
104. — Nullité de la société portant à la fois sur des biens présents et des biens à venir.....	163
105. — Terminologie du Code : son inexactitude. Division du chapitre.....	163

SECTION I

De la société de tous biens présents.

106. — Composition de la société de tous biens présents..	164
107. — Des biens à venir, et de la jouissance de ces biens.	165
108. — Du passif de la société de tous biens présents.....	167

SECTION II

De la société universelle de gains.

109. — Composition de la société universelle de gains....	169
110. — Ce qu'il faut entendre par gains. De la jouissance des immeubles à venir.....	170
111. — Du passif de la société universelle de gains.....	171
112. — Du principal et des intérêts des dettes des associés.	172
113. — Comment s'interprète le contrat de société universelle	172
114. — Capacité spéciale exigée dans cette société.....	172

CHAPITRE III

DES SOCIÉTÉS PARTICULIÈRES.

115. — Caractères des sociétés particulières	173
116. — Diverses espèces de sociétés particulières.....	174

TROISIÈME PARTIE

**De l'administration de la société
et des obligations des associés, soit entre eux,
soit vis-à-vis des tiers.**

117. — Objet de la troisième partie de ce <i>Traité</i>	175
118. — Epoque à laquelle la société commence.....	175
119. — Durée de la société.....	176
120. — Division de la troisième partie.....	177

CHAPITRE PREMIER

DE L'ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ.

121. — Règles générales du Code sur l'administration de la société	178
122. — Critique de ces dispositions.....	179
123. — Deux hypothèses dans lesquelles l'administration de la société doit être étudiée.....	181
124. — Limite des pouvoirs de l'associé gérant, si l'acte ne les détermine pas. On doit se préoccuper avant tout du but de la société	182

124 1. — Le gérant ne peut transiger, ni compromettre...	183
125. — Il ne peut emprunter	184
126. — A plus forte raison il ne peut pas hypothéquer les immeubles de la société.....	186
127. — Du bail des immeubles sociaux	187
128. — De l'exercice des actions qui appartiennent à la société	187
129. — Des innovations à faire sur les biens de la société : distinction.....	188
130. — Du pouvoir d'administration donné à plusieurs as- sociés.....	189
131. — Des actes urgents.....	190
132. — Nomination du gérant dans l'acte constitutif de la société : ses effets.....	191
133. — Nomination du gérant dans un acte postérieur... ..	192
134. — De la révocation du gérant nommé par l'acte de société	193
135. — De la révocation du gérant nommé par un acte postérieur.....	194
136. — Du gérant qui n'est point choisi parmi les associés.	195
137. — Effets de la révocation du gérant.....	196
138. — Le gérant peut être condamné à des dommages et intérêts.....	196
139. — Etendue du droit des gérants.....	197
140. — De l'administration de la société, lorsqu'il n'a rien été stipulé quant au mode d'administration.....	198
141. — Motifs du droit donné à chaque associé. Il n'existe que pour les actes d'administration. De l'aliénation des biens sociaux.....	198
142. — Des innovations à faire sur les biens de la société.	202
143. — De l'opposition de l'un des associés	203
144. — La majorité peut-elle autoriser l'acte auquel un as- socié a apporté son <i>veto</i> ? Controverse et adoption de l'af- firmative.....	203
145. — Le pouvoir de la majorité n'existe que pour les actes d'administration	205
146. — Comment se forme la majorité	206
147. — L'opposition faite par un associé peut-elle donner lieu à des dommages et intérêts? Controverse	207
148. — L'opposition persistante d'un associé peut être une cause de dissolution de la société	208
149. — Le mandat réciproque des associés finit de plein droit par la dissolution de la société	208

CHAPITRE II

DES OBLIGATIONS DE LA SOCIÉTÉ ENVERS LES ASSOCIÉS.

150. — Explication de l'intitulé de ce chapitre.....	209
151. — Division du chapitre.....	209

SECTION I

Restitution de l'apport des associés.

152. — Les règles de la restitution varient suivant qu'il s'agit d'un apport en propriété ou en jouissance.....	210
153. — De l'apport en propriété. Perte de l'apport avant sa réalisation. Controverse.....	210
154. — Apport d'une somme d'argent ou de choses indéterminées.....	215
155. — De l'apport en jouissance. La nature de cet apport n'est pas toujours la même.....	216
156. — De l'hypothèse où l'apport consiste en un véritable usufruit.....	216
157. — De l'apport à la société d'un simple droit de jouissance. De la règle quant aux risques de la chose apportée.....	217
158. — Des exceptions à cette règle. Apport de choses qui se consomment par l'usage.....	218
159. — Apport de choses qui se détériorent en les gardant..	219
160. — Epoque à laquelle on doit se placer pour fixer la valeur estimative des objets apportés.....	220
161. — L'associé ne peut pas opter, à son gré, entre la reprise des objets en nature et la reprise de leur valeur...	220
162. — Apport de choses destinées à être vendues, ou mises dans la société avec estimation.....	221
163. — Mode d'estimation. La rescision pour lésion n'est pas admissible en cette matière.....	222

SECTION II

Remboursement des créances des associés.

164. — Diverses sortes de créances que l'associé peut avoir contre la société.....	224
165. — Des sommes déboursées pour la société.....	225
166. — De l'intérêt des sommes déboursées par l'associé.	225
167. — Des intérêts des intérêts.....	227

168. — Obligations contractées par l'associé dans l'intérêt de la société.....	228
169. — Des risques inséparables de la gestion de l'associé.	228
170. — Des actions que l'associé intente pour obtenir le paiement de ce que la société lui doit.....	229
170 I. — Insolvabilité de l'un des associés.....	230

CHAPITRE III

DES OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS VIS-A-VIS DE LA SOCIÉTÉ.

171. — Explication de l'intitulé du chapitre.....	232
172. — Division du chapitre	232

SECTION I

Obligation des associés de réaliser l'apport qu'ils ont promis.

173. — L'obligation de réaliser l'apport varie suivant la nature de cet apport	233
174. — Obligation de chaque associé de réaliser son apport.	233
175. — De l'apport en nature. Ses diverses espèces.....	234
176. — Apport en propriété d'un corps certain.	234
177. — Apport en propriété d'immeubles. Nécessité de la transcription	235
178. — Apport de créances. Faut-il une signification ou une acceptation du transport? Controverse, et adoption de la négative.....	236
179. — De la garantie de l'apport.....	239
180. — De l'effet de l'éviction d'un bien apporté.....	240
181. — De la garantie au cas de défaut ou d'excédant de contenance.....	241
182. — De la garantie à l'occasion des servitudes.....	242
183. — Des fruits naturels ou civils du bien apporté.....	243
184. — Des risques dans le cas d'apport d'un corps certain.	244
185. — L'associé n'a pas le privilège du vendeur.....	245
186. — Apport d'objets indéterminés	245
187. — Distinction de l'apport en propriété et de l'apport en jouissance	245
188. — La jouissance peut être apportée de deux manières.	247
189. — Apport à la société de l'usufruit de certains biens.	248
190. — Apport à la société d'un simple droit de jouissance.	249
191. — De l'apport en argent. Dérégations au droit commun	251

192. — L'associé ne peut pas se soustraire au paiement des intérêts, par le motif que son retard n'aurait causé aucun préjudice à la société.....	253
193. — Les intérêts sont prescriptibles par cinq ans. Exception.....	254
194. — De l'apport en industrie. Etendue de cet apport....	255
195. — Dérégations au principe posé sur l'étendue de l'apport en industrie.....	255
196. — Durée de l'apport en industrie.....	257
197. — La majorité des associés ne peut pas contraindre la minorité à l'augmentation des apports.....	257

SECTION II

Obligations des associés de tenir compte à la société des valeurs sociales dont ils ont tiré un profit particulier.

198. — Obligation de l'associé qui a employé les valeurs sociales à son usage.....	260
199. — Etendue de cette obligation.....	261
200. — Du cas où l'associé est gérant.....	262
201. — Des dommages et intérêts.....	263
202. — Application de ces principes aux sociétés universelles.....	264

SECTION III

Obligation des associés de réparer le dommage qu'ils ont causé à la société.

203. — Origine historique de la règle de l'article 1850....	266
204. — Etendue de la responsabilité de l'associé.....	267
205. — L'associé est-il tenu de ses fautes comme le serait un bon père de famille? Controverse, et adoption de l'affirmative.....	269
206. — L'associé est responsable même de sa négligence.	270
207. — Il n'est pas tenu des cas fortuits.....	271
208. — L'associé est obligé plus étroitement que dans les contrats en général.....	271
209. — L'associé doit imputer ce qu'il reçoit proportionnellement sur sa créance et sur celle de la société.....	273
210. — L'article 1848 ne déroge pas aux règles de l'imputation légale.....	273

211. — Il ne diminue pas les droits du débiteur quant à l'imputation des paiements.....	274
211 1. — Il s'applique seulement à l'associé administrateur.	275
212. — Il n'est pas applicable à la compensation légale....	276
213. — L'associé, qui a reçu sa part entière d'une créance commune, doit rapporter ce qu'il a reçu de plus que ses associés, si le débiteur devient insolvable	276
214. — Autres applications du principe que l'associé doit préférer à son propre intérêt celui de la société.....	278

SECTION IV

Obligations des associés de contribuer aux frais nécessaires à la conservation des choses de la société.

215. — Obligation de contribuer aux dépenses nécessaires.	279
216. — Limites de cette obligation.....	280
217. — Obligation des associés de contribuer aux pertes. Renvoi.....	280

CHAPITRE IV

DU RÈGLEMENT DES PARTS.

218. — Les associés peuvent régler comme ils veulent leurs parts dans les bénéfices et dans les pertes.....	281
219. — Si la convention ne règle que la part dans les bénéfices, les pertes seront supportées dans la même proportion.....	282
220. — Sens des mots <i>bénéfices</i> et <i>pertes</i>	282
220 1. — L'inégalité dans les pertes doit s'appliquer au prélèvement des mises.....	284
221. — De l'hypothèse où les mises sont inégales, et où les pertes doivent être supportées également	285
222. — Des capitaux versés par l'un des associés en compte courant.....	285
223. — Si le contrat est muet, les parts des associés seront proportionnelles à leurs apports.....	286
224. — Critique de l'article 1853, pour le cas où les apports n'ont pas été estimés dans le contrat.....	287
225. — De l'évaluation de l'apport industriel.....	288
225 1. — L'article 1853 n'est pas applicable à l'associé qui a apporté un bien, ou une somme d'argent, en outre de son industrie.....	290

226. — Ce texte est inapplicable aussi dans le cas où tous les associés n'ont apporté que leur industrie.....	291
227. — Caractère successif de l'apport en industrie.....	293
228. — L'article 1853 n'est pas applicable aux apports faits après la constitution de la société.....	293
229. — Du règlement des parts fait par un tiers choisi, ou par un associé	294
230. — Du refus ou de l'incapacité de la personne désignée.	296
231. — Cas où le règlement peut être attaqué.....	297
232. — Durée de l'action en nullité du règlement.....	297
233. — On ne peut attribuer à l'un des associés la totalité des bénéfices.....	298
234. — L'un des associés peut prendre une part dans les bénéfices plus forte que les autres associés.....	299
235. — La part de l'associé qui a le moins doit être sérieuse.....	301
236. — Peut-on stipuler que les bénéfices appartiendront au survivant? Controverse, et adoption de l'affirmative..	301
237. — Attribution conditionnelle d'une part de bénéfices..	303
238. — On peut stipuler que le gérant ne prendra pas part aux bénéfices, si les dépenses dépassent un certain chiffre.	304
239. — On ne peut stipuler qu'un associé ne supportera pas de pertes	304
240. — La répartition des pertes peut être inégale	306
241. — L'associé qui n'apporte que son industrie peut être déchargé des pertes.....	307
242. — L'associé peut être déchargé des pertes, en tant qu'elles dépassent sa mise.....	308
243. — On ne peut convenir que l'un des associés garantira l'autre contre toute perte.....	311
244. — Cette convention ne sera pas valable, même si elle est postérieure à l'acte de société.....	312
245. — Cette garantie peut valablement être faite au profit d'un prêteur, et elle est valable même au profit de l'associé, si elle émane d'un tiers.....	312
246. — Les pertes des associés peuvent être différentes dans les bénéfices et dans les pertes	313
246 I. — De l'effet des clauses prohibées par l'article 1855.	314
247. — De la liquidation des droits des parties, lorsque la société est annulée pour violation de l'article 1855.....	315

CHAPITRE V

DES DROITS DES ASSOCIÉS.

248. — Droits des associés sur les choses de la société...	316
249. — Mesure dans laquelle l'associé peut se servir des choses sociales	317
250. — Dépenses nécessaires à la conservation des choses sociales	318
251. — L'associé ne peut aliéner ni engager les choses qui dépendent de la société	319
252. — L'associé peut vendre sa part dans la société	320
252 1. — Droits des créanciers personnels de l'associé....	321
253. — Droit pour l'associé de s'associer un tiers.....	321
254. — L'associé ne peut associer un tiers à la société sans le consentement de ses associés.....	322
255. — La clause qui permet à l'associé de se dégager en se substituant un tiers est valable, mais elle n'est opposable aux tiers que si elle a été spécialement portée à leur connaissance.....	324
256. — Du <i>retrait social</i> . Conditions de son exercice	326
257. — Le retrait ne peut être exercé ni contre le créancier auquel la part sociale a été donnée en nantissement, ni contre le croupier.....	327
258. — Inapplicabilité de l'article 1690 aux cessions non autorisées.....	328
259. — Du droit pour l'associé de prendre un <i>croupier</i> ...	328
260. — Nature de la convention intervenue entre l'associé et le croupier.....	329
261. — Formalités à remplir pour la validité de la cession.	331
262. — Le croupier est étranger à la société	331
263. — Etendue des droits du croupier.....	332

CHAPITRE VI

DES OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS VIS-A-VIS DES TIERS.

264. — Principes généraux sur les obligations des associés.	333
265. — Effet de l'engagement pris par l'associé en son nom personnel	334
266. — Effet de l'engagement pris par l'associé au nom de la société.....	336
266 1. — Du cas où l'associé a agi sans mandat ou au delà des termes de son mandat. Action <i>de in rem verso</i>	337

267. — Il n'y a pas solidarité entre les associés	337
268. — Les dettes se divisent entre les associés par parts égales. Motifs de cette solution.	338
269. — Dettes provenant de l'enrichissement procuré à la société	340
270. — Des sociétés civiles à forme commerciale.	341
271. — Droits des créanciers personnels des associés	341
272. — Droits des créanciers de la société.	343
273. — Du concours des créanciers personnels des asso- ciés et des créanciers de la société.	344
274. — De la compensation en matière de société.	349

QUATRIÈME PARTIE

Des différentes manières dont la société prend fin et du partage de l'actif social.

275. — Division du sujet.	352
-----------------------------------	-----

CHAPITRE PREMIER

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LA SOCIÉTÉ PREND FIN.

276. — Causes de dissolution des sociétés en droit Romain et dans notre ancien droit.	353
277. — Différences existant entre les diverses causes de dissolution des sociétés.	355
278. — Division du chapitre	356

SECTION I

Des cas dans lesquels la société se dissout de plein droit.

279. — Division de la section	357
---	-----

§ I. — *De l'expiration du temps pour lequel la société a été contractée.*

280. — Effet ordinaire de l'arrivée du terme. De l'hypothèse où l'indication du délai n'est qu'accessoire	357
281. — De la dissolution de la société par le mutuel dis- sentiment	358
282. — De la prorogation de la société. Comment elle peut être prouvée	359

283. — De la continuation de fait des opérations de la société. Controverse.....	360
284. — Prorogation tacite de la société.....	362
285. — Des associations fromagères.....	362
286. — Nature de la société prorogée. Distinction.....	363

§ II. — *De l'extinction de la chose, ou de la consommation de la négociation.*

287. — Division du paragraphe.....	365
288. — A. <i>De l'extinction de la chose.</i> — Origine historique et étendue de cette cause de dissolution.....	365
289. — De la perte partielle.....	366
290. — Perte de l'apport de l'un des associés.....	367
291. — B. <i>De la consommation de la négociation.</i> — Origine de cette règle.....	368
292. — Effet de l'indication du terme dans ces sociétés....	368
293. — De l'hypothèse où le fonctionnement de la société est empêché par un cas de force majeure.....	370

§ III. — *De la mort de l'un des associés.*

294. — Origine historique et étendue de cette cause de dissolution.....	370
295. — Cette règle s'applique à toute espèce de sociétés...	371
296. — Les associés peuvent convenir que la société continuera avec les héritiers.....	371
297. — Une stipulation expresse n'est pas nécessaire pour cette continuation.....	373
298. — La stipulation est valable, même si les héritiers sont mineurs.....	374
299. — Elle s'applique même à l'héritier bénéficiaire....	376
300. — L'expression « <i>héritiers</i> » comprend tous les successeurs universels. Sens du mot « <i>représentants</i> »	377
301. — La stipulation est-elle obligatoire pour les héritiers? Controverse.....	378
302. — On peut stipuler que la société continuera entre les associés survivants, à l'exclusion des héritiers de l'associé prédécédé.....	379
303. — Effets de la continuation de la société entre les associés survivants.....	380
304. — Clause donnant l'option aux associés survivants : sa validité.....	381
305. — Des affaires en cours au décès de l'associé....	382
306. — Clause limitant le droit des héritiers.....	383

307. — Du sort des opérations faites dans l'ignorance du décès de l'un des associés	384
308. — Effet de la mort de l'un des associés vis-à-vis des tiers	385
309. — De l'absence de l'un des associés.....	386

§ IV. — *De l'interdiction ou de la déconfiture de l'un des associés.*

310. — Division du paragraphe.....	387
311. — A. <i>De l'interdiction.</i> — Motifs de cette cause de dissolution.....	387
312. — Il faut assimiler l'interdiction légale à l'interdiction judiciaire.....	388
313. — La dation de conseil judiciaire ne peut y être assimilée.....	389
314. — L'interdiction, judiciaire ou légale, opère la dissolution de plein droit.....	390
315. — B. <i>De la déconfiture.</i> — Origine et base de cette cause de dissolution.....	391
316. — La faillite doit être assimilée à la déconfiture.....	392
317. — Effets spéciaux de la faillite.....	393
318. — Etendue de cette règle.....	393
319. — La déconfiture et la faillite entraînent la dissolution de plein droit.....	394
320. — Disposition du Code civil Espagnol de 1889.....	395

SECTION II

Des cas dans lesquels la dissolution de la société n'a pas lieu de plein droit.

321. — Division de la section.....	396
------------------------------------	-----

§ I. — *De la dissolution des sociétés à durée illimitée par la volonté de l'une des parties.*

322. — Origine et motifs de la règle de l'article 1869.....	396
323. — Motifs de la distinction faite entre les sociétés à terme et les sociétés à durée illimitée.....	397
324. — Ce qu'il faut entendre par « sociétés à durée illimitée. »	398
325. — Système qui voit des sociétés à durée illimitée dans toutes les sociétés créées pour une entreprise déterminée.....	400
326. — Système qui range les sociétés « à vie » parmi les sociétés à terme.....	401

327. — La renonciation doit être faite de bonne foi et non à contre-temps.....	403
328. — Dans quels cas la renonciation n'est pas de bonne foi.....	403
329. — Dans quels cas elle est faite à contre-temps.....	404
330. — Effets de la renonciation faite de mauvaise foi ou à contre-temps.....	404
331. — Notification de la renonciation.....	404
332. — Les associés ne peuvent renoncer au droit de demander la dissolution.....	406
333. — Les associés peuvent substituer à la renonciation le droit de céder leur part dans la société.....	406

§ II. — *De la dissolution des sociétés à terme pour de justes motifs.*

334. — Etendue de la règle de l'article 1871.....	408
335. — La question de savoir s'il y a une cause légitime de dissolution est une question de fait.....	410
336. — Les associés ne peuvent renoncer au droit de demander la dissolution pour de justes causes.....	410
337. — La demande en dissolution ne peut être formée par l'associé en faute.....	410
338. — Elle peut être formée par l'associé dont le fait amène la dissolution, lorsque cet associé n'a commis aucune faute.....	411
339. — L'associé en faute peut être condamné à des dommages et intérêts.....	412

CHAPITRE II

DU PARTAGE DU FONDS SOCIAL.

340. — Division du chapitre.....	413
----------------------------------	-----

SECTION I

Dans quels cas et par qui le partage peut être demandé.

341. — A quelle époque le partage peut être demandé. De la convention de rester dans l'indivision.....	414
342. — De l'action en partage. Apposition des scellés.....	415
343. — La demande en partage doit porter sur tout l'actif social. Exception.....	416
344. — Partage d'une société frappée de nullité, mais créée dans un but d'intérêt licite.....	416

SECTION II

Comment on doit procéder au partage du fonds social.

345. — Formation de la masse à partager.....	417
346. — Comptes entre la société et les associés. Force probante des livres sociaux.....	417
347. — Application des articles 829 et 830, relatifs aux prélèvements à faire sur la part du copartageant débiteur. Ces textes doivent être appliqués même au cas de faillite.....	418
348. — Il n'y a lieu, dans le partage des sociétés, ni au retrait de l'article 841, ni aux pénalités de l'article 792..	420
349. — L'article 856 n'est pas applicable au partage des sociétés.....	421
350. — L'article 882 est également inapplicable, dans la partie où il interdit aux créanciers personnels d'un copartageant d'attaquer le partage consommé.....	422
351. — La règle de compétence de l'article 822 est applicable aux sociétés.....	424
352. — Les lots devront être composés conformément aux articles 826, 827 et 832.....	424
353. — Quotité de la part de chaque associé. Disposition de l'article 1708 du Code civil Espagnol, quant aux droits de l'associé qui n'a apporté que son industrie.....	425
354. — L'action en rescision pour lésion de plus du quart est admissible dans le partage des sociétés.....	426

SECTION III

Des effets du partage.

355. — De l'effet rétroactif du partage dans l'ancien droit...	428
356. — Sous le Code civil, cet effet existe aussi, et, d'après l'opinion adoptée, il remonte à l'époque où l'objet partagé est entré dans la société.....	429
357. — L'obligation de garantie existe entre les associés, conformément à l'article 884.....	432

PREMIER APPENDICE AU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

DES SOCIÉTÉS MINIÈRES.

358. — Caractères exceptionnels des sociétés de mines...	434
359. — Division du sujet.....	435

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE, DES CONDITIONS DE VALIDITÉ, DE LA FORME
ET DE LA PREUVE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ MINIÈRE.

360. — Les sociétés d'exploitation de mines sont, en général, des sociétés civiles : exception. Distinction pour les sociétés de recherche de mines..... 436
361. — Les sociétés de mines peuvent revêtir la forme commerciale, mais leur caractère ne change pas..... 437
362. — Elles constituent des personnes civiles 438
363. — Forme du contrat de société. Il ne peut y avoir d'association de fait..... 439

CHAPITRE II

DE L'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS DE MINES ET DES
OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS.

364. — De la direction et de l'administration des sociétés de mines. L'article 1859 ne leur est pas applicable..... 442
365. — L'article 1857 ne peut être non plus appliqué aux sociétés de mines..... 443
366. — Elles constituent des associations de capitaux, ou la personne des associés n'est pas prise en considération. 444
367. — Les associés peuvent se substituer un tiers, qui prendra leur place dans la société..... 445
368. — Formes et effets de cette cession..... 445
369. — Droits des créanciers des sociétés de mines et des créanciers personnels des associés..... 446
370. — Dans quelle mesure les associés sont tenus des dettes de la société..... 447
371. — Pouvoirs de l'assemblée générale..... 449

CHAPITRE III

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LES SOCIÉTÉS
DE MINES PRENNENT FIN.

372. — Les sociétés de mines sont des sociétés à durée illimitée. Elles ne sont dissoutes ni par la mort, ni par l'interdiction, la déconfiture ou la faillite d'un associé.. 450
373. — Elles ne sont pas soumises à la dissolution facultative de l'article 1869, si les droits des associés sont cessibles 451

374. — Si la cession de ces droits est entravée par les statuts, l'article 1869 est applicable.....	452
375. — Les sociétés de mines peuvent être dissoutes pour des causes légitimes, par application de l'article 1871...	453

SECOND APPENDICE AU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

DE LA COMMUNAUTÉ.

376. — Définition de la communauté. Dans quels cas elle existe.....	455
377. — Application de ces principes.....	457
378. — Choses qui peuvent être en communauté.....	458
379. — Division du sujet.....	459

CHAPITRE PREMIER

DES DROITS ET DES OBLIGATIONS DES COMMUNISTES.

380. — Division du chapitre.....	460
----------------------------------	-----

SECTION I

Des droits des communistes.

381. — Principes généraux sur les droits des communistes.	461
382. — Applications fournies par la jurisprudence.....	462
383. — Autre application. Arrêt de la cour de Toulouse...	463
384. — Moyen donné à chaque copropriétaire pour faire respecter son droit.....	465
385. — De la copropriété <i>avec indivision forcée</i> . Critique des expressions « <i>servitude d'indivision</i> . » Dans quel sens on peut dire qu'il y a servitude.....	466
386. — Justification de l'indivision forcée. Réponse aux objections de M. Laurent.....	468
387. — Conséquences pratiques du système adopté sur l'indivision forcée.....	473
388. — Les droits des copropriétaires sont plus étendus au cas d'indivision forcée.....	476
389. — Examen de jurisprudence. Indivision forcée.....	479
390. — Des innovations sur la chose commune. Distinction proposée.....	480
391. — De l'administration de la chose commune.....	484
392. — Pouvoirs de la majorité.....	485
393. — Droit de disposition du copropriétaire sur sa part.	488
394. — Droit des créanciers des copropriétaires.....	489

SECTION II

Des obligations des communistes.

395. — Principes généraux sur les obligations des communistes..... 491
396. — Les articles 1846, 1848 et 1849 ne doivent pas être appliqués à la communauté..... 492
397. — Les copropriétaires sont obligés de contribuer aux dépenses nécessaires à la chose commune..... 493
398. — Du droit pour chaque propriétaire d'abandonner sa part pour s'exonérer des dépenses nécessaires. Théorie généralement admise : critique de cette théorie, et opinion proposée..... 493

CHAPITRE II

DE LA MANIÈRE DONT LA COMMUNAUTÉ PREND FIN,
ET DU PARTAGE DES CHOSES COMMUNES.

399. — Division du chapitre..... 501

SECTION I

Comment la communauté prend fin.

400. — Des modes de dissolution de la communauté..... 502
401. — Le partage peut toujours être demandé. Exception. 503
402. — De la disposition du testateur ou donateur imposant l'indivision..... 505
403. — Dans quels cas la possession prolongée met obstacle au partage..... 505
404. — De la copropriété avec indivision forcée. Etendue du principe..... 506

SECTION II

Des formes et des effets du partage de la communauté.

405. — Formes du partage. Application des règles du partage des successions..... 512
406. — Les règles du partage des successions gouvernent aussi les effets du partage de la communauté..... 513

TABLE

DES ARTICLES DU CODE CIVIL EXPLIQUÉS.

Art. du Code.	N ^o du traité.	Pages.
1832.	1-35, 66-78	1-59, 106-122
1833.	9, 42-65	7-9, 70-105
1834.	7, 42, 79-88	6, 70, 123-142
1835.	89-99	143-157
1836.	101-105	158-163
1837.	106-108	164-168
1838.	109-112	169-172
1839.	113	172
1840.	9, 36-41, 114	7-9, 60-69, 172
1841.	115-116	173-174
1842.	115-116	173-174
1843.	117-118	175-176
1844.	119-120	176-177
1845.	171-190	232-251
1846.	183, 191-193, 198-202, 396.	243-244, 251-255, 260-265, 492.
1847.	194-196	255-257
1848.	208-212, 214.	271-276, 278
1849.	208, 213-214.	271, 276-278
1850.	147, 203-207.	207, 267-271
1851.	157-163	217-223
1852.	164-170	224-231
1853.	78, 217-228, 247.	121-122, 280-294, 315
1854.	229-232	294-298
1855.	78, 233-246	121-122, 298-315
1856.	132-139	191-198
1857.	130, 365.	189, 443
1858.	130-131	189-191

Art. du Code.	N ^{os} du traité.	Pages.
1859.	121-129, 140-149, 215-217, 248-250, 364, 381, 390-391.	178-189, 198-208, 279-280, 316-319, 442, 462, 480-485.
1860.	141, 251-252 I	199, 319-321
1861.	253-263, 367.	321-332, 445
1862.	266-267	336-339
1863.	268-269, 370.	338-341, 447-449
1864.	264-274	333-351
1865.	31, 197, 275-281, 286-289, 291-295, 310-320, 372.	55, 258-259, 352-359, 366-368, 368-371, 383-395, 450.
1866.	81, 282-286	129, 359-365
1867.	151-156, 290.	209-217, 367-368
1868.	296-309, 372.	371-387, 450
1869.	321-333, 373-374	395-407, 451-453
1870.	329	404
1871.	148, 289, 299, 334-339, 375.	208, 366, 377, 408-412, 453-454.
1872.	340-357	413-433
1873.	100	157

FIN DE LA TABLE DES ARTICLES.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CET OUVRAGE

Les chiffres indiquent les numéros des paragraphes et non les pages.

- Abandon de droits dans la chose commune.** 398.
- Abreuvoir commun.** 404.
- Absence.** Cause de dissolution, 309, 334.
- Absence de bénéfices.** 334 1.
- Absent (Administrateur).** 131.
- Acceptation.** Voir *Cession de parts*.
- Actes d'administration.** 124, 127, 141, 142, 391-392.
- Actes d'aliénation.** 125-126, 141, 391-392.
- Acte écrit (Nécessité d'un).** Voir *Preuve de la Société*.
- Actes urgents.** 131.
- Actions contre le croupier.** 262.
- Action en dommages-intérêts.** Voir *Dommages-intérêts*.
- Action en garantie.** 179-182.
- Action de gestion d'affaires.** 265, 395.
- Actions intéressant les sociétés d'agrément.** 71.
- Actions en nullité.** Voir *Nullité, Partage, Règlement des parts*.
- Action en partage.** 340-357.
- Action en partage des bénéfices.** Voir *Répartition des bénéfices*.
- Action possessoire.** 384, 387.
- Action en recouvrement de créances.** 164-170 1.
- Action de in rem verso.** 266 1.
- Action en restitution des apports.** Voir *Restitution des apports*.
- Actions sociales (Droit d'exercer les).** 128.
- Actions contre la société.** 170.

- Adjudicataire de créances** (Traité entre un huissier et un). 45.
- Administrateurs** (Pouvoirs des). 134-149.
- Administrateur absent ou malade.** Voir *Urgence*.
- Administration.** Voir *Associé gérant, Gérant*.
- Administration** (Société entre un fournisseur et un officier d'). 53.
- Administration de la chose commune.** 391-392.
- Agents d'assurances** (Associations entre). 75.
- Agent de change** (Exploitation d'une charge d'). 46.
- Agréé** (Traité entre un avoué et un). 49.
- Agréement** (Sociétés d'). 68-71.
- Aliénation.** Voir *Actes d'aliénation*.
- Aliénation des choses mobilières de la société.** 251-252 I.
- Aliénation d'un immeuble social.** 141.
- Aliénés** (Placement dans un établissement d'). 313.
- Allée commune.** 387, 389.
- Aménagements** (Droit de faire des). Voir *Innovations*.
- Apports** (Augmentation des). 197.
- Apport** (Nécessité d'un). 61-65, 173-197.
- Apport** (Perte de l'objet promis en). 153-154, 156-163, 190.
- Apport** (Restitution de l'). 56-59, 152-164, 196.
- Apports en argent.** 154, 191-193, 224.
- Apports de biens non estimés.** 224.
- Apport de choses qui se consomment par l'usage.** 158.
- Apport de choses destinées à être vendues.** 162.
- Apport de choses qui se détériorent en les gardant.** 159.
- Apport de choses avec estimation.** 162.
- Apport de choses indéterminées.** 154, 186.
- Apport d'un corps certain.** 176, 184.
- Apport de créances.** 178.
- Apport fictif.** 9, 61, 65.
- Apport en immeubles.** 177.
- Apport en industrie.** 194-196, 225-227, 241.
- Apports inégaux.** 221.
- Apport en jouissance.** 63, 107, 109-110, 155-163, 187-190, 290.
- Apport en nature.** 175-190, 225 I-227.

- Apport en numéraire.** Voir *Apport en argent*.
- Apport en propriété.** 152-154, 176-186, 220-221, 290.
- Apports successifs.** 228.
- Apport en usufruit.** 63, 156, 189.
- Apposition des scellés.** 342.
- Arbitre chargé du règlement des parts.** 229-232.
- Argent.** Voir *Apport en argent*.
- Argent** (Frais d'envoi d'). Voir *Sommes déboursées pour la société* (Remboursement des).
- Assemblée générale** (Pouvoirs de l'). 144-145, 371.
- Association** (Utilité de l'). 1, 67.
- Associations.** Voir *Concubins, Plaideurs, Propriétaires, Chasse*.
- Associations de capitaux.** 366-369, 372.
- Associations de charité.** 68.
- Association en participation.** 22.
- Associations reconnues d'utilité publique.** 29.
- Associations religieuses.** 28, 68.
- Associations scientifiques et littéraires.** 28.
- Associations syndicales.** 29.
- Associés** (Dettes des). 108, 111-112, 264-270.
- Associés** (Obligations des). 171-217, 264-274, 370.
- Associé affranchi de toute contribution aux pertes.** 239-246.
- Associé bailleur de fonds,** (Distinction entre le prêteur et l'). 18.
- Associé chargé du règlement des parts.** 229-232.
- Associé créancier d'un débiteur de la société.** 208-212, 214.
- Associé en faillite.** 347.
- Associé en faute.** Voir *Responsabilité des associés*.
- Associé gérant** (Pouvoirs de l'). 124-135, 137-139, 200, 211 I, 251-252 I, 266.
- Associés sans mandat.** 266 I-268.
- Associé survivant** (Bénéfices attribués à l'). 236.
- Associés survivants** (Société entre les). 302-304.
- Assurances** (Associations entre agents d'). 75.
- Assurance contre les chances de perte.** 245.
- Assurances mutuelles** (Contrats d'). 74, 97-98.
- Assurances à prime** (Société d'). 97.

- Attribution conditionnelle des bénéfiques.** 237.
- Augmentation des apports.** 197.
- Auteur** (Convention entre un éditeur et un). 19, 77.
- Aveu.** Voir *Preuve de la société.*
- Avoué** (Société pour l'exploitation d'une charge d'). 45, 49.
- Bail** (Pouvoir de donner ou de prendre à). 127.
- Bail** (Droit au). 345.
- Bail à cheptel** (Comparaison de la société et du). 13.
- Bail de la chose commune.** 391.
- Baillieur de fonds** (Différence entre le prêteur et l'associé). 18, 77.
- Baillieurs de fonds intéressés** (Adjoints aux agents de change, 46.
- Bâtiments** (Droit d'élever des). Voir *Cour commune, ruelle commune.*
- Bénéfiques** (Absence de). 334.
- Bénéfiques** (Répartition des pertes et des). 56-59, 66-78, 218-247.
- Bénéfiques attribués au survivant des associés.** 236.
- Bien destiné à être partagé** (Achat en commun d'un). 376.
- Biens non estimés** (Apports de). 224.
- Bien indivis.** Voir *Communauté.*
- Biens présents** (Société universelle de). 101-108.
- Biens à venir** (Société de). 104, 106-107.
- Brevet d'invention** (Exploitation d'un). 345.
- Caisses municipales** (Société pour frauder les droits des). 53.
- Caisse sociale** (Emploi de fonds de la). 198-202.
- Canal commun.** 389.
- Capacité.** 34-41, 114.
- Capital** (Augmentation du). 197.
- Capitaux** (Associations de). 366-369, 392.
- Capitaux versés en compte courant.** 222.
- Caractères de la société.** 6-29 I.
- Carrière** (Société pour l'exploitation d'une). 116.
- Cas fortuit.** 153-154, 156-163, 207, 292-293.
- Cercles.** 68-71.
- Cession de copropriété.** 387.
- Cession d'office ministériel.** 48.
- Cession de part.** 251-264, 297, 319, 333, 367, 373-374, 393, 400.

- Change** (Agent de). Voir *Agent de change*.
- Changements** (Droit de faire des). Voir *Innovations*.
- Chapelle commune**. 404.
- Charbonnière** (Société). Voir *Société charbonnière*.
- Charges sans monopole** (Exploitation des). 52.
- Charges publiques** (Exploitation des). 45-50.
- Charité** (Associations de). 68.
- Chasse** (Associations relatives au droit de). 68.
- Chaudronnerie** (Atelier de). Voir *Cour commune*.
- Chemin commun**. 387.
- Cheptel** (Bail à). Voir *Bail à cheptel*.
- Chevaux** (Société pour l'élevage des). 93.
- Choses apportées avec estimation**. 162-163.
- Chose commune** (Jouissance de la). 381-398.
- Choses qui se consomment par l'usage** (Apports consistant en). 158.
- Choses destinées à être vendues** (Apport consistant en). 162.
- Choses qui se détériorent en les gardant** (Apport consistant en). 159-161.
- Choses sociales** (Droits des associés sur les). 248-264.
- Choses sujettes à rapport**. 347, 349.
- Cidre**. Voir *Pressoirs à cidre*.
- Clause d'affranchissement des pertes**. 239-245.
- Clause d'attribution des bénéfiques à l'associé survivant**. 236.
- Clause d'attribution de la totalité des bénéfiques**. 233.
- Clause d'attribution conditionnelle**. 237.
- Clause d'exclusion des bénéfiques**. 238.
- Clauses conventionnelles**. 218-219, 233, 236-245, 246 I, 255-263, 296-306, 318, 332, 336, 341-342, 352, 374, 401-402.
- Clerc** (Traité entre un officier ministériel et un). 47.
- Clôture** (Droit d'établir une). Voir *Cour commune*, *Allée commune*.
- Code rural** (Projet de). 85.
- Colonage partiaire** (Caractère du). 12.
- Commencement de preuve par écrit**. Voir *Preuve de la société*.
- Commerçants** (Sociétés d'assurances mutuelles entre). 98.
- Commerce** (Société pour la vente d'un objet qui n'est pas dans le). 44.

- Commerciales** (Sociétés). Voir *Sociétés commerciales*.
- Commis intéressé aux bénéfices** (Convention entre patron et). 14, 77.
- Communauté.** 3, 17, 20, 30, 247, 250, 268, 305, 376-406.
- Communistes** (Droits des). 381-394.
- Communistes** (Obligations des). 395-398.
- Compensation légale.** 212, 274.
- Compensation des profits et des pertes.** 204.
- Compétence.** 71, 351, 384.
- Compromis** (Pouvoir de faire un). 124 i.
- Comptes entre les associés et la société.** 346.
- Compte courant** (Capitaux versés en). 222.
- Concession** (Révocation de la). Voir *Sociétés minières*.
- Concordat.** Dissolution de la société par la faillite. 317.
- Concubins** (Associations entre). 86.
- Condamnations.** Cause de dissolution de la société. 312.
- Conseil judiciaire** (Incapacité de la personne pourvue d'un). 34.
- Conseil judiciaire.** Cause de dissolution de la société, 313, 334.
- Consentement.** 30-33.
- Conservation des choses sociales** (Contribution aux frais de). 215-217, 250.
- Consommation** (Sociétés coopératives de). 96.
- Consommation de la négociation.** 291-293.
- Constructions.** 392.
- Contenance** (Garantie de la). 181.
- Contrat innommé.** 55, 69.
- Contrebande** (Sociétés pour faire la). 53-54.
- Contribution aux dettes.** Voir *Dettes*.
- Contribution aux pertes.** Voir *Pertes* (Répartition des).
- Coopératives** (Sociétés). Voir *Sociétés coopératives*.
- Copropriétaires par indivis.** Voir *Communistes*.
- Copropriété avec indivision forcée.** 385-390.
- Copropriété des choses sociales.** 248-263.
- Corps certain** (Apport consistant en un). 153, 176-177, 179-185, 290.
- Cour commune.** 385, 389, 390, 397.
- Courtier maritime** (Société pour l'exploitation d'une charge de). 45.

- Créance** (Apports consistant en une). 178.
- Créances** (Traité entre un huissier et un adjudicataire de). 45.
- Créances des associés** (Remboursement des). 164-170.
- Créanciers d'un associé en faillite.** 347.
- Créanciers d'un communiste** (Droits des). 394.
- Créancier d'un débiteur de la société** (Associé). 208-212, 214.
- Créanciers d'une faillite.** Droit de demander la dissolution de la société. 319.
- Créancier nanti.** 257.
- Créanciers personnels d'un associé** (Droits des). 252 1, 265, 271-274, 342, 350, 369.
- Créanciers de la société** (Droits des). 272-274, 342, 369.
- Crédit.** Peut-il constituer un apport, 64.
- Croupier.** 257, 259-263, 367.
- Débiteur de la société** (Associé créancier d'un). 208, 212, 214.
- Déconfiture.** Cause de dissolution de la société, 271, 315, 320, 372, 400.
- Décorations** (Interdiction de s'associer pour trafiquer des). 44.
- Défauts cachés** (Garantie des). 182.
- Défaut de contenance.** Voir *Contenance* (Garantie de la).
- Défrichements.** 392.
- Délai** (Indication d'un). 280-286.
- Démence.** Voir *Interdiction*.
- Denrées** (Apport consistant en). 154.
- Denrées** (Caractère de la vente de). 93. Voir *Vente des produits d'un fonds* (Société pour la).
- Dépenses de conservation de la chose sociale.** 215-217, 250.
- Dépenses relatives à la chose commune.** 391, 395, 397-398.
- Dépôt d'étalons** (Société pour l'établissement d'un). 93.
- Dépôt de fumier.** Voir *Cour commune*.
- Dérogation aux statuts.** 371.
- Destination de la chose** (Respect dû à la). 381-382.
- Détention** (Maison de). Voir *Maison de détention*.
- Dettes des associés.** 108, 111-112, 264-270.
- Dettes sociales.** 239-246, 266-274, 370.
- Dissentiment mutuel.** Cause de dissolution de la société, 276, 281.

- Dissolution de la société.** 148-149, 157, 190, 197, 227, 275-339, 372-375.
- Distribution annuelle des bénéfices.** 220.
- Distribution des eaux d'une ville** (Société pour la). 93.
- Divertissement** (Pénalités contre le). 348.
- Documents écrits** (Preuve par des). 83. Voir *Preuve de la société*.
- Domage causé à la société** (Réparation du). 203-214, 262.
- Domages-intérêts** (Obligation à des). 33, 138, 147, 183, 191, 195, 199, 201-202, 339.
- Donation.** Voir *Biens à venir* (Société de).
- Donation** (Société valable comme). 9, 65.
- Dressage.** Voir *Ecole de dressage*.
- Droits des associés dans les choses sociales.** 248-263.
- Droit d'administrer à défaut de gérant.** 140-149.
- Droit de s'associer un tiers.** 253-263.
- Droit au bail des immeubles de la société.** 345.
- Droit de chasse** (Associations relatives au). 68.
- Droit de céder sa part sociale.** Voir *Cession de part*.
- Droits dans la chose commune** (Abandon de). 398.
- Droits des communistes.** 381-394.
- Droits consentis par les gérants** (Résolution des). 356.
- Droit de demander la dissolution** (Renonciation au). 332, 336.
- Droit de préférence.** 273, 369.
- Droit d'usufruit.** Voir *Apports en usufruit*.
- Durée des actions.** 232.
- Durée de la société.** 118-119.
- Eaux** (Société pour la distribution des). 93.
- Eaux ménagères.** Voir *Cour commune, Ruelle commune*.
- Eaux minérales** (Société pour la vente des). 93.
- Eaux pluviales.** Voir *Cour commune, Ruelle commune*.
- Eaux de teinturerie.** Voir *Canal commun*.
- Ecole de dressage** (Société pour l'établissement d'une). 93.
- Ecrit** (Nécessité d'un). Voir *Preuve de la société, Preuve de la prorogation*.
- Ecritures sociales** (Force probante des). 346.

- Editeur** (Convention entre un auteur et un). 19, 77.
- Education** (Sociétés d'). 99.
- Elevage**. Voir *Chevaux*.
- Emploi du gouvernement** (Société pour l'exploitation d'un). 45.
- Emprunt** (Pouvoir de contracter un). 125, 371.
- Encouragement pour l'amélioration de la race chevaline** (Sociétés d'). 291.
- Enfants** (Révocation pour survenance d'). 38.
- Engagements** (Manquement aux). 334.
- Entrepreneur principal** (Convention entre un sous-entrepreneur et un). 15.
- Entrepreneurs de transport** (Associations entre). 75.
- Entretien de la chose commune**. 395, 397-398.
- Envoi d'argent**. Voir *Frais d'envoi d'argent*.
- Envoi de marchandises**. Voir *Frais d'envoi de marchandises*.
- Epoux** (Sociétés entre). 35.
- Erreur**. Cause de nullité du consentement, 31.
- Estimation** (Choses apportées avec). 162-163.
- Etablissement d'aliénés** (Placement dans un). 313.
- Etalons** (Société pour l'établissement d'un dépôt d'). 93.
- Etranger** (Vente au profit d'un). 356.
- Etranger** (Sociétés immorales formées en pays). 54.
- Eviction** (Garantie de l'apport pour cause d'). 179-182.
- Excédant de contenance**. Voir *Contenance* (Garantie de la).
- Exclusion des bénéfices**. 238.
- Exclusion des héritiers d'un associé prédécédé**. 302-303.
- Exemption des dettes sociales**. 239-246.
- Expiration du temps**. Cause de dissolution de la société, 280-286.
- Exploitation** (Chemins d'). Voir *Chemins communs*.
- Exploitation d'une mine** (Sociétés pour l'). Voir *Sociétés minières*.
- Exploitation des produits du sol** (Société pour l'). 93.
- Expropriation**. Voir *Créanciers personnels des associés* (Droits des).
- Extinction de la chose**. Cause de dissolution de la société, 287-291, 400.
- Facteur à la halle** (Exploitation d'une charge de). 52.

- Faillite.** Cause de dissolution de la société, 316-320, 372, 400.
- Faillite d'un associé débiteur.** 347.
- Fautes.** 203-214, 339. Voir *Responsabilité de l'associé.*
- Faute du croupier.** 262.
- Fautes de gestion.** 138, 147, 395.
- Fenêtres** (Interdiction d'ouvrir des). Voir *Cour commune, Ruelle commune.*
- Femme mariée.** Incapacité de contracter une société, 34.
- Fonctions publiques** (Interdiction de s'associer pour trafiquer des). 44
- Fonds** (Société pour la vente des produits d'un). 93.
- Fonds de la caisse sociale** (Emploi de). 198-202.
- Fonds commun** (Constitution de servitudes sur un). 382.
- Fonds social** (Partage du). 271, 340-357.
- Fonds de réserve** (Partage du). 306.
- Force majeure.** Voir *Cas fortuit.*
- Formation des lots.** 352.
- Forme du contrat.** 79-88, 363.
- Frais de conservation des choses sociales** (Contribution aux). 215-217, 250.
- Frais d'envoi d'argent** (Remboursement des). Voir *Sommes déboursées pour la société* (Remboursement des).
- Frais d'envoi de marchandises.** Voir *Sommes déboursées pour la société* (Remboursement des).
- Frais de voyages** (Remboursement des). Voir *Sommes déboursées pour la société* (Remboursement des).
- Fromagères** (Sociétés). Voir *Sociétés fromagères.*
- Fruits de l'apport.** 183, 192.
- Fruits de la chose commune.** 395.
- Fruits des choses sujettes à rapport.** 349.
- Fruitières** (Sociétés). Voir *Sociétés fruitières.*
- Fumier** (Dépôt de). Voir *Cour commune.*
- Fureur.** Voir *Interdiction.*
- Gage** (Interdiction de donner les choses sociales en). 251-252 1.
- Gains** (Société universelle de). 37, 109-114.
- Garantie.** Voir *Eviction, Défauts cachés, Servitudes, Contenance.*
- Garantie** (Obligation de). 357, 406.
- Garantie contre les chances de pertes.** 243-245.

- Garantie de l'apport.** 179-182.
- Garantie des lots.** 357.
- Gérant** (Nomination du). 132-133, 135-139.
- Gérant** (Pouvoirs du). 124-131, 136, 238.
- Gérant** (Révocation du). 134-138.
- Gérant étranger.** 136, 139.
- Gérant** (Résolution des droits consentis par le). 356.
- Gestion.** Voir *Administration*.
- Gestion** (Fautes de). 138, 147.
- Gestion.** (Recours contre la société pour risques de). 168.
- Gestion d'affaire.** 265, 391.
- Gouvernement** (Emploi du). Voir *Emploi du gouvernement*.
- Grains** (Apport consistant en). 154.
- Gymnastique** (Sociétés de). 29 1.
- Halle** (Facteur à la). Voir *Facteur à la halle*.
- Héritiers de l'associé prédécédé** (Continuation de la société avec les). 296-301, 305-306, 342.
- Héritier bénéficiaire.** 299.
- Héritiers mineurs.** 298.
- Héritiers à réserve** (Droits des). 39-41, 342.
- Hippiques** (Sociétés). Voir *Sociétés hippiques*.
- Huissier** (Société pour l'exploitation d'une charge d'). 45, 49.
- Hypothèque** (Pouvoirs de conférer une). 126.
- Hypothèques** (Résolution des). 255-257, 393.
- Imbécillité.** Voir *Interdiction*.
- Immeubles** (Apport en). 177, 181, 189, 190.
- Immeubles** (Société de spéculation sur des). 50, 92, 116, 124, 141.
- Immeuble indivis** (Jouissance d'un). Voir *Jouissance d'une chose commune*.
- Immeubles sociaux** (Droits sur les). 127, 141. Voir *Innovations*.
- Immeubles à venir** (Jouissance des). 110.
- Imputation.** 208-212, 214, 396.
- Incapacité du gérant.** Voir *Révocation des administrateurs*.
- Incapable** (Société dans laquelle figure un). 41.
- Incendie de la chose commune.** 391.
- Indemnités dues à la société.** 198-202.
- Indivision.** Voir *Communauté*.
- Indivision** (Convention de demeurer dans l'). 341.

- Indivision forcée** (Copro-
priété avec). 384-390.
- Indivision perpétuelle**
(Constitution d'). 404.
- Industrie** (Apports en). 63,
109-110, 194-196.
- Inégalité des apports.** 220-
221, 234-235.
- Inégalité des pertes.** 240-
242.
- Infidélité du gérant.** Voir
*Révocation des administra-
teurs.*
- Infirmité habituelle.** Cause
de dissolution de la société,
334.
- Innovations** (Droit de faire
des). 129, 142, 250.
- Innovations sur la chose
commune.** 389-390.
- Insolvabilité.** 170 I, 213-214,
396.
- Intendance**(Association entre
un fournisseur et un officier
des bureaux d'). 53.
- Intention de s'associer**(Né-
cessité de l'). 77.
- Interdiction.** Cause de disso-
lution de la société, 310-314,
372, 400.
- Interdit.** Incapacité de con-
tracter une société, 34.
- Intérêts de l'apport.** 183,
191-193.
- Intérêts des dettes des as-
sociés.** 108, 112.
- Intérêts des choses sujet-
tes à rapport.** 349.
- Intérêts des intérêts** (Rem-
boursement des). 167.
- Intérêts des sommes dé-
boursées.** 166.
- Intérêts des sommes dé-
tournées.** 198-200, 349, 396.
- Interposition de person-
nes.** 38.
- Interrogatoire sur faits et
articles.** Voir *Preuve de la
société.*
- Inventaire** (Apport estimé
par). 163.
- Inventaire** (Paiement en va-
leurs d'). 352.
- Invention** (Brevet d'). Voir
Brevet d'invention.
- Jeu** (Maison de). Voir *Maison
de jeu.*
- Jouissance** (Apports en). 63,
107, 109-110, 155-163, 187-190.
- Jouissance de la chose
commune.** 381-398.
- Juges** (Pouvoir des). 91, 187-
188, 225 I, 226, 230, 231, 235,
256, 276, 335, 383-384.
- Legs.** Voir *Biens à venir.*
- Lésion** (Rescision pour). 163,
354, 406.
- Licitation.** 352, 356, 400, 406.
Voir *Partage.*
- Livres de la société** (Force
probante des). 346.

- Lots** (Formation des). 352.
- Lots** (Garantie des). 357.
- Louage de choses** (Distinction entre la société et le). 11, 190.
- Louage d'ouvrage et d'industrie** (Distinction entre la société et le). 14.
- Louage de services** (Distinction entre la société et le). 14, 47.
- Maison de détention** (Société pour l'entreprise du service public d'une). 292.
- Maison d'éducation** (Société pour la direction d'une). 99.
- Maison de jeu** (Société pour l'établissement d'une). 53-54.
- Majorité** (Droits de la). 144-146, 197, 216, 281, 392, 400.
- Malversations de l'un des associés.** 334.
- Mandat** (Distinction entre la société et le). 16-17, 307.
- Mandat d'administrer.** 121-149, 265-267.
- Mandataire** (Société contractée par). 32.
- Manquement d'un associé à ses engagements.** 334.
- Marchandises** (Frais d'envoi de). Voir *Sommes déboursées pour la société* (Remboursement des).
- Marnière commune.** 404.
- Masse** (Composition de la). Partage de la société, 345.
- Médecin** (Association entre un pharmacien et un). 51.
- Mésintelligence entre associés.** 334.
- Métayage** (Caractère du contrat de). 12.
- Meuble indivis.** 394.
- Mines** (Société pour la recherche de). 95, 360.
- Mines** (Société pour l'exploitation des). Voir *Sociétés minières*.
- Mineurs.** Héritiers d'un associé, 298.
- Mineur.** Incapacité de contracter une société, 34.
- Minières** (Sociétés). Voir *Sociétés minières*.
- Mises.** Voir *Apports*.
- Mort d'un associé.** 294-309, 372, 400.
- Mur séparatif.** Voir *Puits commun, Cour commune*.
- Mutuel dissentiment.** Cause de dissolution de la société, 276, 281.
- Nantissement** (Part d'associé donnée en). 257.
- Nature** (Apports en). Voir *Apports en nature*.
- Nature du contrat de société.** 6-29 1, 360.

- Négligence d'un associé.** Responsabilité qu'il encourt, 206.
- Négociation** (Consommation de la). 291-293.
- Nom.** Voir *Apports en industrie*.
- Nom de la société.** 345.
- Notaire.** Voir *Immeubles* (Société de spéculation sur des).
- Notaire** (Association pour l'exploitation d'une charge de). 45.
- Notification d'une cession de parts.** 258.
- Notification de renonciation.** 331.
- Nullité.** 41, 56-61, 104, 143, 246 1-247, 330, 344.
- Numéraire** (Apport en). Voir *Apport en argent*.
- Objet qui n'est pas dans le commerce** (Société pour la vente d'un). 44.
- Objet non compris dans l'actif** (Partage d'un). 343.
- Objets indéterminés** (Apport d'). 186.
- Objet promis en apport** (Perte de l'). 153-154, 156-163, 190.
- Objet de la société.** 42-60, 88, 91.
- Obligations des associés envers la société.** 171-217.
- Obligations des associés vis-à-vis des tiers.** 264-274.
- Obligations des communistes.** 395-398.
- Obligations contractées pour la société** (Action de l'associé à raison des). 168.
- Obligation de contribuer aux frais de conservation des choses sociales.** 215-217, 250.
- Obligation indivisible.** 267.
- Obligation de réaliser l'apport.** 173-197.
- Obligation de réparer le dommage causé à la société.** 203-214.
- Obligations de la société envers les associés.** 150-170 1.
- Obligation de tenir compte des valeurs sociales.** 198-202.
- Office ministériel** (Société pour l'exploitation d'un). 45-50.
- Officier d'administration** (Association entre un fournisseur et un). 53.
- Officine de pharmacie** (Association pour l'exploitation d'une). 51.
- Opposition persistante d'un associé.** Cause de dissolution de la société, 143-148.
- Paiement des intérêts de l'apport** (Retard dans le). 191-193.

- Paiement en valeurs d'inventaire.** 352.
- Parts** (Règlement des). 218-247.
- Part donnée en nantissement.** 257.
- Part** (Cession de). 251-264, 297, 319, 333, 367, 373-374, 393, 400.
- Part des héritiers de l'associé prédécédé.** 305-306.
- Partage des bénéfices.** 56-59, 66-78, 218-247.
- Partage d'une chose commune.** 400-406.
- Partage du fonds social.** 254, 271, 340-357.
- Partage du fonds de réserve.** 306.
- Partage d'un objet non compris dans l'actif.** 343.
- Participation** (Distinction entre la société et la). 14.
- Participation** (Associations en). 22.
- Participation aux produits d'un office ministériel.** 45-50.
- Particulières** (Sociétés). Voir *Sociétés particulières*.
- Passage commun.** 382, 387.
- Personnes incapables de se faire des libéralités** (Prohibition des sociétés entre). 36-38.
- Personnes interposées** (Prohibition des sociétés universelles entre). 38.
- Personnalité des sociétés.** 21-29 I, 70, 220 I, 362.
- Pertes** (Répartition des bénéfices et des). 56-59, 66-78, 218-247, 287-290.
- Perte de l'objet promis en apport.** 153-154, 156-163, 190, 290.
- Pharmacie** (Société pour l'exploitation d'une). 51.
- Pharmacien** (Association entre médecin et). 51.
- Plaideurs** (Association de). 68.
- Port** (Société pour les travaux d'un). 292.
- Portes** (Interdiction d'ouvrir des). Voir *Cour commune*, *Ruelle commune*.
- Poursuites pénales.** Conséquence de la nullité d'une société illicite, 56.
- Préférence** (Droit de). Voir *Droit de préférence*.
- Prélèvements exagérés.** 334.
- Prescription.** Voir *Intérêts de l'apport*.
- Prescription acquisitive.** 387, 403.
- Pressoirs à cidre** (Copropriété des). 387, 404.

- Prêt** (Distinction entre la société et le). 18, 77.
- Prêt à la société.** 245.
- Preuve de la prorogation.** 282-284.
- Preuve de la société.** 79-88, 363.
- Prime** (Sociétés d'assurances à). 97.
- Privilège du vendeur.** 185.
- Prodigue pourvu d'un conseil judiciaire.** Incapacité de contracter une société, 34.
- Produits d'un fonds** (Société pour la vente des). 93.
- Produits d'une source d'eaux minérales** (Société pour la vente des). 93.
- Profits.** Ils ne peuvent être opposés en compensation des pertes, 204.
- Promesse d'apport.** 153.
- Promesse de ratification** (Société contractée par un tiers avec). 321.
- Promesse de société.** 33, 295.
- Propriétaires** (Associations de). 68, 76, 85.
- Propriété** (Apports en). 63, 152-154, 176-186.
- Prorogation de société.** 282-286.
- Puits commun.** 382, 389.
- Pupille** (Société entre tuteur et). 37.
- Rapports à effectuer par les associés à la société.** 347.
- Rapport à la masse** (Obligation de). 213-214.
- Ratification** (Société contractée par un tiers avec promesse de). 321.
- Réalisation de l'apport.** 173-197.
- Recélé** (Pénalités contre le). 348.
- Règlement des parts.** 218-247.
- Remboursement des créances des associés.** Voir *Créances des associés* (Remboursement des).
- Référés** (Juge des). Voir *Compétence*.
- Remèdes secrets** (Société pour la vente des). 44.
- Remplacement d'une chose sociale au cas de perte.** 216.
- Renonciation.** Voir *Volonté des parties* (Dissolution par la).
- Renonciation au droit de demander la dissolution.** 332, 336.
- Réparation de la chose commune** (Dépenses de). 395, 397-398.
- Répartition.** Voir *Bénéfices, Dettes, Pertes*.

- Représentants del'associé prédécédé.** 300.
- Rescision pour lésion.** 163, 354, 406.
- Résolution pour cause d'éviction.** 180.
- Responsabilité de l'associé.** 203-208, 214, 242-245, 337-339.
- Restitution de l'apport.** 56-59, 152-163.
- Retrait social.** 256-258.
- Retrait successoral.** 348, 393.
- Révocation des administrateurs.** 132-138.
- Révocation pour surveillance d'enfants.** 38.
- Risque.** 153, 157, 184, 189.
- Risques de la gestion (Recours à raison du).** 169.
- Rues (Création de).** Voir *Immeubles* (Société de spéculation sur des).
- Ruelle commune.** 389, 404.
- Saisie.** Voir *Créanciers personnels des associés* (Droits des).
- Scellés (Apposition des).** 342.
- Scieries communes.** 404.
- Secret.** Apport en société, 63.
- Serment.** Voir *Preuve de la société*.
- Servitudes (Garantie à raison de).** 182.
- Servitudes sur un fonds commun.** (Constitution de). 382.
- Servitude d'indivision.** 385-390.
- Servitude de passage.** 387.
- Servitude de pressurage.** 387.
- Signification au débiteur.** Voir *Créance* (Apports consistant en une).
- Société (Définition de la).** 1, 2, 6.
- Société (Nature du contrat de).** 6-29 1.
- Société (Diverses espèces de).** 1, 2-3, 89-116.
- Sociétés d'agrément.** 68-71.
- Société anonyme (Associations pour la mise en commun des obligations d'une).** 55.
- Sociétés d'assurances mutuelles.** 74, 97-98.
- Sociétés d'assurances à prime.** 97.
- Sociétés charbonnières.** Voir *Sociétés minières*.
- Sociétés civiles (Caractère des).** 89-100, 360.
- Sociétés civiles à forme commerciale.** 23, 91, 242, 270, 361.
- Sociétés commerciales.** 2, 21, 26, 29, 33, 84, 89-100, 115, 116, 176, 242, 308.
- Sociétés coopératives de consommation.** 96.

- Sociétés à durée illimitée.** 321-332, 372.
- Sociétés d'éducation.** 99.
- Sociétés d'encouragement pour l'amélioration de la race chevaline.** 29 I.
- Sociétés entre époux.** 35.
- Sociétés fromagères.** 85, 285.
- Sociétés fruitières.** 85.
- Sociétés de gymnastique.** 29 I.
- Sociétés hippiques.** 29 I.
- Sociétés immorales formées à l'étranger.** 54.
- Sociétés léonines.** 233.
- Sociétés minières.** 2, 25, 94-95, 116, 131, 293, 324, 358-375.
- Sociétés en nom collectif.** 270.
- Sociétés particulières.** 115-116, 195.
- Sociétés reconnues d'utilité publique.** 29.
- Sociétés taisibles.** 10, 79-80, 85.
- Sociétés à terme.** 148, 324, 334-339.
- Sociétés de tir.** 29 I.
- Sociétés universelles.** 9, 36-41, 101-114, 179, 202, 328.
- Sociétés à vie.** 326.
- Sol** (Sociétés pour l'exploitation des produits du). 93.
- Solidarité.** 267, 370.
- Sommes déboursées pour la société** (Remboursement des). 165-167.
- Sommes employées par un associé à son profit exclusif.** 198-202.
- Source d'eaux minérales** (Société pour la vente des produits d'une). 93.
- Sous-Entrepreneur** (Convention entre un entrepreneur principal et un). 15.
- Statuts** (Dérrogation aux). 371.
- Stipulation d'indivision.** 401-402, 404.
- Subrogation.** 265.
- Successeurs universels d'un associé prédécédé.** 300.
- Successible** (Association entre un *de cujus* et un). 40.
- Succession.** Voir *Biens à venir* (Société de).
- Sucre** (Société pour la fabrication du). 93.
- Survenance d'enfants** (Révocation pour). 38.
- Survivant des associés** (Bénéfices attribués au). 236.
- Syndicats professionnels.** 29.
- Taisibles** (Sociétés). Voir *Sociétés taisibles*.
- Teinturerie** (Eaux de). Voir *Canal commun*.

- Temps** (Expiration du). 280-286.
- Temps limité** (Société pour un). 276.
- Terme** (Sociétés à). Voir *Sociétés à terme*.
- Terme** (Expiration du). 279-286.
- Terrains** (Achat et revente de). Voir *Immeubles* (Société de spéculation sur des).
- Tiers** (Association entre un notaire et un). 50.
- Tiers** (Droits des). 60, 87, 242, 245, 255, 264-274, 308.
- Tiers** (Droit de s'associer un). 253-264, 367.
- Tiers chargé du règlement des parts**. 229-232.
- Tiers sans mandat** (Société contractée par un). 321.
- Tir** (Sociétés de). 291.
- Titre de la société**. 345.
- Tontines**. 74, 236.
- Transaction** (Pouvoir de conclure une). 1241.
- Transcription**. Voir *Apport en immeubles*.
- Transport** (Acceptation de). Voir *Apports de créances*.
- Transport** (Associations entre entrepreneurs de). 75.
- Travaux d'un port** (Durée de l'association formée pour l'exécution des). 292.
- Trésor** (Société pour frauder les droits du). 53.
- Tribunaux**. Voir *Compétence, Juges* (Pouvoirs des).
- Tuteur** (Société entre pupille et). 37.
- Unanimité des associés**. Cas où elle est nécessaire, 216, 254, 281, 392.
- Universelles** (Sociétés). Voir *Sociétés universelles*.
- Urgence** (Administration au cas d'). 131.
- Usage** (Apport consistant en choses qui se consomment par l'). 158.
- Usage des choses sociales**. 249.
- Usine** (Achat en commun d'une). 17, 377.
- Usufruit** (Apport en). 63, 156, 189.
- Utilité publique** (Associations et sociétés reconnues d'). 29.
- Valeurs d'inventaire** (Paie-ment en). 352.
- Valeur des objets apportés** (Fixation de la). 160.
- Valeurs réservées aux agents de change** (Société pour la négociation de). 53.
- Valeurs sociales** (Obligation de tenir compte des). 198-202.
- Vendeur** (Privilège du). 185.

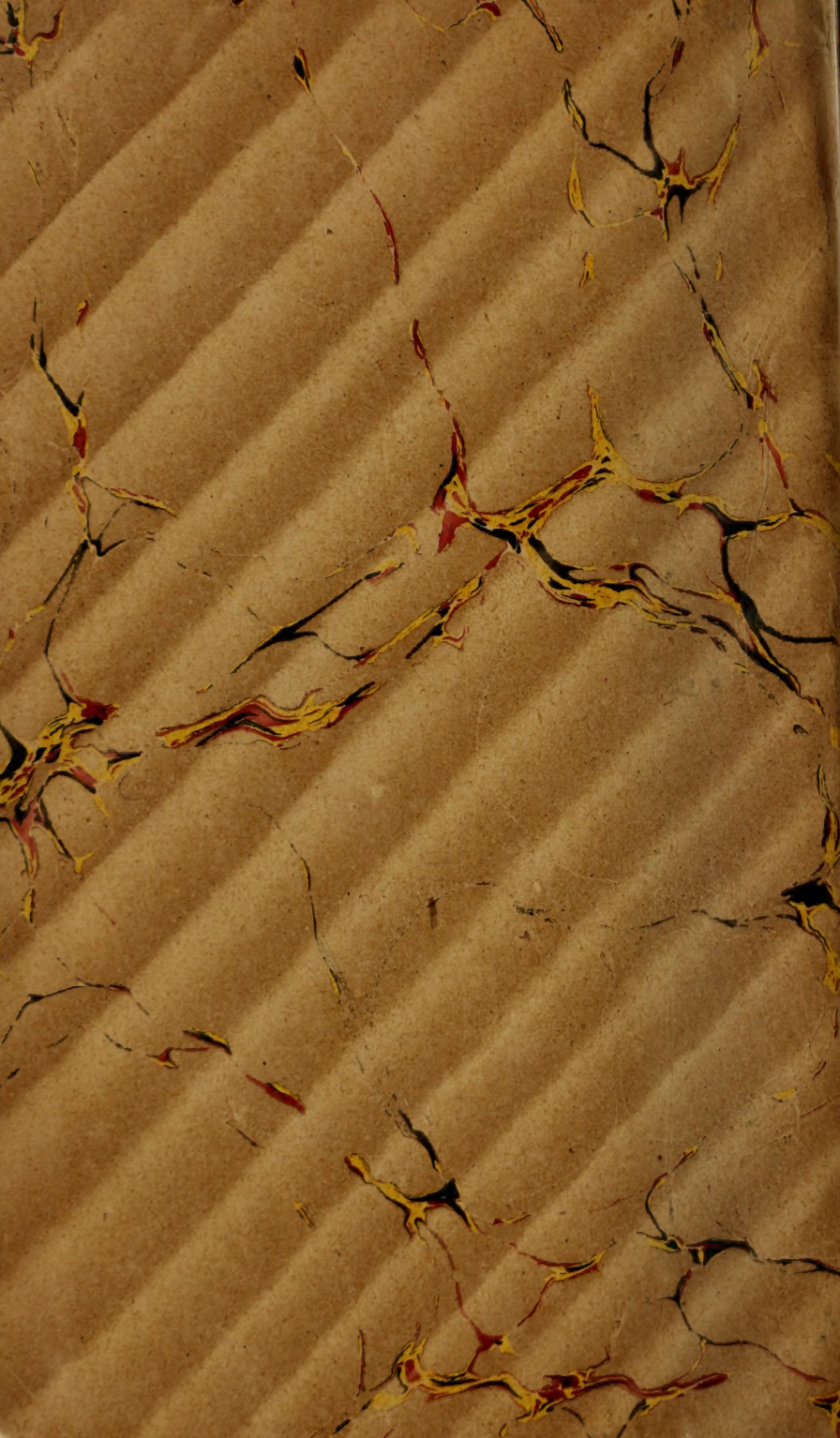
- Vente** (Rapports entre la société et la). 49, 77, 163, 178, 181, 182, 185, 230, 258.
- Vente de la chose commune.** 391.
- Vente de denrées** (Caractère de la). 93.
- Vente au profit d'un étranger.** 356.
- Vente sur expropriation.** 320.
- Vente des produits d'un fonds** (Société pour la). 93.
- Vie** (Sociétés à). Voir *Sociétés à vie*.
- Ville** (Société pour la distribution des eaux d'une). 93.
- Volonté des parties.** Cause de dissolution des sociétés, 322-332, 373.
- Voyages** (Frais de). Voir *Frais de voyages*.

FIN DE LA TABLE ALPHABÉTIQUE.

A LA MÊME LIBRAIRIE

- ALLEMAND**, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour de Riom. — Traité du mariage et de ses effets. 1853, 2 vol. in-8..... 10 »
- BARAFORT**, président à la Cour d'appel de Lyon. — Traité théorique et pratique de la séparation des patrimoines. 2^e édition, 1867, in-8..... 6 »
- Des Partages d'ascendants et des modifications à introduire dans la loi sur cette matière à propos de l'enquête agricole. 2^e édition revue et augmentée par l'auteur. 1870, in-8.... 3 50
- BELLOT DES MINIERES**. — Régime dotal et communauté d'acquêts, sous forme de commentaire. 1853, 4 vol. in-8.... 20 »
- Le Contrat de mariage considéré en lui-même, ou Commentaire sur le premier chapitre du titre du Contrat de mariage. 1855, in-8..... 5 »
- BENOIT**. — Traité de la Dot. 1846, 2 vol. in-8..... 6 »
- BERTIN**, avocat, ancien rédacteur en chef du *Droit*. — Ordonnances sur requête et référé avec formules, 1878, 2 vol. in-8 16 »
- BING**, docteur en droit. — La société anonyme en droit italien. Etude de législation comparée. 1887, in-8..... 8 »
- BONNET**, prés. de chambre à la Cour de Poitiers. — Théorie et pratique des partages d'ascendants, envisagés au point de vue du droit ancien, de la législation actuelle et des réformes proposées. 1874, 2 vol. in-8. 12 »
- Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux, 2^e édition. 1878, 3 vol. in-8..... 22 »
- BOULET**, juge à Annecy. — Des retraits sous le Code civil et de quelques autres dispositions restrictives de la liberté du commerce. 1888, in-8..... 1 50
- BOURCART**, professeur agrégé à la Faculté de Nancy, avocat à la Cour d'appel. — Du fondement de la responsabilité des locataires en cas d'incendie ou de la présomption de faute des articles 1733 et 1734 du Code civil. 1887, in-8..... 1 50
- Etude historique et pratique sur les actions possessoires. 1880, in-8..... 6 »
- CONSTANT**, avocat à la Cour d'appel de Paris. — Code général des droits d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques contenant le texte avec notes et commentaire de la convention internationale du 9 septembre 1886, ainsi que la traduction française des lois internes des divers Etats d'Europe et diverses conventions particulières intervenues entre eux. 1888, in-16.... 5 »
- COSTE et BOULLAY**, avocats à la Cour d'appel de Paris. — Précis de droit usuel contenant des notions sur le droit public, le droit civil, la législation commerciale et industrielle, l'économie politique, rédigé conformément au programme de l'enseignement secondaire spécial (arrêté du 10 août 1886). 2^e édition, revue corrigée, mise au courant des lois nouvelles, contenant le texte de la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée. 1889, in-12..... 4 50

- DEMASURE**, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation.
— Traité du régime fiscal des Sociétés et des établissements publics. Commentaire des lois relatives aux droits d'enregistrement, de timbre et de transmission, à l'impôt sur le revenu, au droit de communication, aux taxes sur les polices d'assurances et sur les biens de main-morte, suivi de tables analytique et alphabétique. 1884, in-8..... 9 »
- DRAMARD**, conseiller à la Cour de Limoges. — Traité des effets de complaisance en droit civil et commercial et en droit pénal. 1880, in-8..... 5 »
- DUBOIS**, professeur à la Faculté de droit de Nancy. Le rempli dans ses rapports avec la transcription et la purge et avec les droits d'enregistrement et de transcription sous le régime de la communauté légale pure. Etude de droit civil et de droit fiscal. 1880, in-8..... 2 50
- FOLLEVILLE**, doyen de la Faculté de droit à Douai. — De l'incapacité complète de s'obliger, stipulée dans un contrat de mariage. Revue de jurisprudence. 1878, in-8..... » 50
- GENTY**, avocat. — Traité des partages d'ascendants, précédé d'une introduction historique sur la matière correspondante, tant dans le droit romain que dans l'ancien droit français. 1850, in-8..... 5 »
- Traité de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. 1859, in-8. 4 »
- GREFFIER**, ancien directeur des affaires civiles au Ministère de la justice et des cultes, conseiller à la Cour de cassation. — Des cessions et des suppressions d'Offices. Résumé pratique des lois, décrets et instructions ministérielles concernant cette matière. 4^e édition, 1883, in-8..... 4 »
- LACOMBE**, avocat. — De l'autorité de la chose jugée. 1866, in-8. 4 »
- LAROMBIERE**, membre de l'Institut, président à la Cour de cassation. — Théorie et pratique des Obligations ou Commentaire des titres III et IV, livre III, du Code civil, art. 1101 à 1386. Nouvelle édition au courant de la jurisprudence. 1885, 7 vol. in-8. 56 »
- LE GOST**, avocat à la Cour de Caen. — Etude théorique et pratique sur les titres au porteur perdus, volés, détruits, etc., et les moyens d'en recouvrer la possession et la jouissance. 1880, in-8..... 6 »
- LEROUX DE BRETAGNE**, conseiller à la Cour de cassation, membre de la haute cour de justice. — Nouveau traité de la prescription en matière civile. 1869, 2 vol. in-8..... 15 »
- MATHIEU DE VIENNE**, docteur en droit, juge suppléant. — Tableaux de taxe en matière civile, 1878, in-4..... 6 »
- PETIET**, avocat à la cour de Paris. — De la preuve en matière de reprises matrimoniales, 1886, in-8..... 3 »
- RODIERE**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse. — Traité de compétence et de procédure en matière civile. 5^e édition, revue, corrigée et augmentée. 1878, 2 vol. in-8..... 16 »
- VENALITE DES OFFICES** (*De la*) relativement au notariat, suivi d'un projet de loi motivé sur le notariat. 1849, in-8..... 2 »
- VENTE**, procureur de la République à Amiens. — Manuel des envois périodiques et non périodiques à faire par les parquets, cabinets d'instruction et greffes de première instance. 1864, in-4... .. 5 »
-



U D' / OF OTTAWA



COLL	ROW	MODULE	SHELF	BOX	POS	C
333	05	01	05	14	11	9